

COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS



*De los derechos,
las garantías y los deberes*

Manuel Barreto
Libardo Sarmiento



CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA
COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

TITULO II
DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS
Y LOS DEBERES

MANUEL BARRETO SOLER
LIBARDO SARMIENTO ANZOLA



COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

© COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS
(Antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana)
Carrera 10 N° 24 -76 Oficina 1101
Bogotá, Colombia
1997

® **Constitución Política de Colombia**
comentada por la
Comisión Colombiana de Juristas
Título II: "De los derechos, las garantías y los deberes"

Obra completa **ISBN: 958-9348-10-6**
Este volumen **ISBN: 958-9348-16-5**

DIRECTOR
Gustavo Gallón

EDITOR
Carlos Marín

COORDINADOR
Manuel Barreto

© MANUEL BARRETO SOLER
LIBARDO SARMIENTO ANZOLA

DISEÑO Y PREPARACIÓN EDITORIAL: **Ricardo Alonso**
CONCEPTO DE PORTADA: **Tinte**
IMPRESIÓN: **Impreandes-Presencia**

EN LA PORTADA:
"Tríptico". Oleo sobre papel. 1973
Luis Caballero
Colección del Banco de la República.

Este proyecto editorial fue posible gracias al auspicio de las entidades financiadoras
SWISSAID, PROGRAMA POR LA PAZ DE LA COMPAÑIA DE JESÚS Y CATHOLIC RELIEF SERVICES.
La edición e impresión de este volumen se realizó con fondos donados por la Embajada del Canadá.

Tabla de contenido

PRESENTACIÓN	7
GUÍA DE LECTURA	9
 CAPÍTULO I: DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. <i>MANUEL BARRETO</i>	 13
INTRODUCCIÓN	13
ARTÍCULO 11	19
ARTÍCULO 12	27
ARTÍCULO 13	33
ARTÍCULO 14	41
ARTÍCULO 15	45
ARTÍCULO 16	49
ARTÍCULO 17	53
ARTÍCULO 18	57
ARTÍCULO 19	61
ARTÍCULO 20	65
ARTÍCULO 21	71
ARTÍCULO 22	75
ARTÍCULO 23	81
ARTÍCULO 24	85
ARTÍCULO 25	89
ARTÍCULO 26	93
ARTÍCULO 27	97
ARTÍCULO 28	101
ARTÍCULO 29	105
ARTÍCULO 30	111
ARTÍCULO 31	115
ARTÍCULO 32	119
ARTÍCULO 33	123
ARTÍCULO 34	127
ARTÍCULO 35	131
ARTÍCULO 36	135
ARTÍCULO 37	141
ARTÍCULO 38	145
ARTÍCULO 39	149
ARTÍCULO 40	153
ARTÍCULO 41	161
 CAPÍTULO 2: DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES. <i>LIBARDO SARMIENTO</i>	 167
INTRODUCCIÓN	167
ARTÍCULO 42	173
ARTÍCULO 43	181
ARTÍCULO 44	187
ARTÍCULO 45	195
ARTÍCULO 46	199
ARTÍCULO 47	203
ARTÍCULO 48	207
ARTÍCULO 49	215
ARTÍCULO 50	223

ARTÍCULO 51	227
ARTÍCULO 52	231
ARTÍCULO 53	235
ARTÍCULO 54	241
ARTÍCULO 55	245
ARTÍCULO 56	249
ARTÍCULO 57	253
ARTÍCULO 58	257
ARTÍCULO 59	263
ARTÍCULO 60	267
ARTÍCULO 61	271
ARTÍCULO 62	275
ARTÍCULO 63	279
ARTÍCULO 64	283
ARTÍCULO 65	289
ARTÍCULO 66	293
ARTÍCULO 67	297
ARTÍCULO 68	303
ARTÍCULO 69	307
ARTÍCULO 70	311
ARTÍCULO 71	315
ARTÍCULO 72	319
ARTÍCULO 73	323
ARTÍCULO 74	327
ARTÍCULO 75	331
ARTÍCULO 76	335
ARTÍCULO 77	339
 CAPÍTULO 3: DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE. <i>MANUEL BARRETO</i>	 343
INTRODUCCIÓN	343
ARTÍCULO 78	345
ARTÍCULO 79	351
ARTÍCULO 80	361
ARTÍCULO 81	367
ARTÍCULO 82	371
 CAPÍTULO 4: DE LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS. <i>MANUEL BARRETO</i>	 375
INTRODUCCIÓN	375
ARTÍCULO 83	377
ARTÍCULO 84	381
ARTÍCULO 85	385
ARTÍCULO 86	389
ARTÍCULO 87	403
ARTÍCULO 88	407
ARTÍCULO 89	413
ARTÍCULO 90	417
ARTÍCULO 91	423
ARTÍCULO 92	429
ARTÍCULO 93	433
ARTÍCULO 94	441
 CAPÍTULO 5: DE LOS DEBERES Y LAS OBLIGACIONES. <i>MANUEL BARRETO</i>	 445
INTRODUCCIÓN	445
ARTÍCULO 95	449

Presentación

La Comisión Colombiana de Juristas (antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana) ha estudiado la Constitución de 1991 desde la perspectiva de los derechos humanos, con especial referencia a los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario. La interpretación de la Constitución orientada por el interés de hacer real la vigencia de los derechos humanos no es simplemente otra entre las varias posibilidades de lectura de la Constitución, sino que es la que más se adecúa a su letra. Así se desprende de sus artículos 1 y 2 que fundan al Estado colombiano en el respeto de la dignidad humana y definen la garantía de los derechos humanos como el fin esencial del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades: "El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana" (Sentencia T-02/92)

No obstante, esta tendencia de interpretación no parece todavía mayoritaria en el ámbito de la doctrina. Algunos de los manuales de derecho constitucional siguen siendo escritos por autores formados bajo el espíritu de la derogada Constitución de 1886 y del cual no se han desprendido. Con esta obra la Comisión Colombiana de Juristas busca fortalecer una corriente de interpretación de la nueva Constitución, derivada de su texto y por ello fundada en los derechos humanos.

La Constitución de 1991 encierra en una síntesis afortunada diversos elementos de un proyecto de democratización de la vida política en Colombia, el cual enfrenta hoy no pocos obstáculos. Una vez promulgada la Carta, se inició el debate político entre quienes abogan por una Constitución viva y los que prefieren que permanezca tan solo como una Constitución de papel, o que simplemente buscan su reforma regresiva. La tendencia a la contrareforma tomó fuerza considerable en los primeros meses de 1995 debilitándose luego. Pero renació en 1996 con el proyecto de la reforma a la Carta presentada por el gobierno, el cual fue aprobado en primer debate para luego hundirse de manera definitiva. Los presentes comentarios de la Constitución de 1991 buscan contribuir a asegurar su eficacia, a debilitar y deslegitimar las tentativas de modificación reaccionaria de sus contenidos, y con ello, a que la Carta se realice como camino civilizado de superación de la crisis de violencia y como iniciativa de paz, apertura democrática y justicia social.

Para llevar a buen término esta obra fue convocado un grupo de académicos y profesionales con amplia experiencia en el tema de los derechos humanos, a los cuales se encargó la redacción de un comentario, artículo por artículo, de la Constitución de 1991. A partir de la intención que todos comparten por lograr un mejoramiento de la grave situación de derechos humanos en Colombia, los autores han elaborado sus textos con plena independencia. Antes de su publicación, los comentarios han sido sometidos a un seminario de discusión entre el grupo por espacio de cerca de tres años, mecanismo que produjo observaciones, respecto a las cuales los autores tuvieron plena libertad para introducirlas en sus escritos o abstenerse de hacerlo. Por ello puede encontrarse en algunos casos que los comentaristas sostienen posiciones distintas a las de sus colegas en esta obra, o que difieren de las que ha asumido públicamente la Comisión Colombiana de Juristas. Sin embargo, tal eventualidad es en realidad excepcional, por lo cual esta obra debe considerarse como un trabajo colectivo inspirado en el propósito común del respeto de la dignidad humana en Colombia.

La obra se publica en tomos que en general corresponden a los títulos en que está dividido el articulado de la Constitución. Encargados de los temas de su especialidad, los comentaristas son los siguientes:

Título I: De los principios fundamentales, Mario Madrid-Malo

Título II: De los derechos, las garantías y los deberes, Libardo Sarmiento y Manuel Barreto

Título III: De los habitantes y el territorio, Manuel Cifuentes
Título IV: De la participación democrática y de los partidos políticos, Mauricio García (En circulación)
Título V: De la organización del Estado, Tulio Chinchilla (En circulación).
Título VI: De la rama legislativa, Tulio Chinchilla
Título VII: De la rama ejecutiva, Gustavo Gallón
Título VIII: De la rama judicial, Danilo Rojas, Oswaldo Sepúlveda y Uriel Amaya
Título IX: De las elecciones y la organización electoral, Juan Fernando Jaramillo
Título X: De los organismos de control, Uriel Amaya y Danilo Rojas
Título XI: De la organización territorial, Néstor Raúl Correa (En circulación).
Título XII: Del régimen económico y de la hacienda pública, Rodrigo Uprimny
Título XIII: De la reforma de la Constitución, Mario Madrid-Malo

Queremos agradecer a todas las personas que han contribuido a llevar a buen término este proyecto, en especial a Hernando Valencia Villa, quien dio impulso a la obra siendo su primer coordinador; a Luis Javier Caicedo, inicialmente asistente editorial y a Luz Miryam Leguizamón y Alberto García, de la Sala Constitucional de la Biblioteca Luis Angel Arango, por su generosa colaboración en la consulta de los archivos a su cargo. Finalmente, a Beatriz Caballero y a la Biblioteca Luis Angel Arango del Banco de la República, por la autorización para la reproducción de la obra que aparece en la portada de este tomo.

Guía de lectura

La Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas se publica por tomos que coinciden, en la mayoría de los casos, con los títulos en los cuales se divide la Carta. Considerada en su conjunto la obra ofrece un análisis de la totalidad de la Constitución. Visto en su particularidad, cada tomo es también una obra completa pues aborda en profundidad y de manera exhaustiva el contenido del título correspondiente, sin perjuicio de hacer referencia a normas que pertenecen a otros títulos, pero que guardan una estrecha relación con los artículos que le competen.

Cada uno de los tomos se compone de dos partes: una introducción al título al cual se refiere y un comentario individual a los artículos que de él hacen parte.

En el comentario a cada uno de los artículos se realiza un análisis de su contenido y se tienen en cuenta su contexto histórico, sus antecedentes en la normatividad preconstitucional y en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, y sus desarrollos legislativos y jurisprudenciales, en la medida en que los comentaristas consideran que estas perspectivas de reflexión contribuyen a la aclaración del significado de la norma constitucional.

El comentario de cada artículo está acompañado de un anexo que permite al lector avanzar en el estudio y la aplicación de la norma. Este agregado cuenta con los siguientes elementos:

- Las concordancias con las demás normas constitucionales.*
- Los antecedentes en la Constitución de 1886.**
- Un índice de la evolución del texto del artículo** y de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente.***
- Un índice de la legislación pertinente.

- Un índice de la jurisprudencia de la Corte Constitucional desarrollada en ejercicio del control de constitucionalidad y de la revisión de la acción de tutela.

- Un índice de las normas internacionales de derechos humanos aplicables.*

* Elaborados por Manuel Barreto

** Elaborados por el abogado Luis Javier Caicedo.

*** Los derechos de este índice –elaborado por la Consejería para el Desarrollo de la Constitución de la Presidencia de la República– fueron cedidos para esta obra por la Biblioteca Luis Angel Arango de Bogotá. En ausencia de su publicación puede ser consultado en la Sala Constitucional de esa entidad, junto con la Gaceta Constitucional, las propuestas de reforma constitucional presentadas por el pueblo colombiano y por los constituyentes, las ponencias presentadas por los constituyentes en comisiones y en plenaria, la transcripción de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente y grabaciones en casete y video.

Abreviaturas

art.	artículo
ANC.	Asamblea Nacional Constituyente
col.	columna
CP.	Constitución Política (Cuando aparezca citada alguna norma sin mención específica al cuerpo normativo del cual hace parte se entenderá que se hace referencia a un artículo de la Constitución Política de Colombia de 1991).
GC.	Gaceta Constitucional
MP.	Magistrado Ponente
No.	número
n./ns.	numeral, numerales
pág./págs.	página, páginas
párr./párrs.	párrafo, párrafos

Título II

De los derechos,
las garantías y los
deberes

Capítulo 1

Introducción

La Constitución y los derechos humanos como respuestas a la crisis

La crisis que condujo a la expedición de la Constitución de 1991 fue tal que colocó a la sociedad colombiana “al filo del caos”. En la definición de los elementos de esta situación se hace referencia básicamente al fenómeno de la generalización de la violencia y a la falta de legitimidad de las instituciones del Estado¹. Pero tal vez fue el desprecio de la dignidad humana derivada de la primera lo que sobretodo produjo en el pueblo colombiano el hastío y lo llevó a la decisión de cambiar el orden constitucional vigente. La misma pérdida de credibilidad de las instituciones se derivaba en unos casos de su incapacidad para resolver los problemas nacionales y en otros, de la conciencia extendida que las señalaba a ellas mismas como uno de los autores principales de los abusos en contra de la dignidad humana.

Se trató de un fenómeno de proliferación y entrecruzamiento de actores violentos, todavía hoy presente. Al enfrentamiento armado entre el Estado y la guerrilla presente ya desde finales de los años 50, se sumó cuando terminaba la década del 80 la presencia de paramilitares y narcoterroristas, que potenciaron la guerra sucia y desestabilizaron al extremo la vida social. Al mismo tiempo debe considerarse el registro galopante de la violencia común, causante de un número de personas muertas varias veces superior al total de las víctimas de la violencia política.

A la violencia la Constitución opone el reconocimiento por todos de una carta de derechos, junto con la refrendación de los acuerdos de paz celebrados por el Estado y varios grupos guerrilleros desmovilizados, la superación constitucional del régimen excluyente del Frente Nacional y la

*El autor de los capítulos 1,3,4 y 5 del presente volumen quiere con este trabajo rendir homenaje al maestro MANUEL GAONA CRUZ, muerto durante la toma del Palacio de Justicia.

¹ John Dugas, “La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?”, en John Dugas, Comp., *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?*, Bogotá, Departamento de Ciencia Política - Universidad de los Andes, 1993, págs. 17 y 18.

introducción de la democracia participativa, la consolidación del Estado de derecho y el fortalecimiento del Estado social. Respuesta a la crisis, la Carta del 91 busca la plena vigencia de los derechos humanos, y con ellos la paz política y la convivencia social.

Los derechos humanos en el constitucionalismo colombiano

En la cultura política y el constitucionalismo colombianos -distantes de un compromiso profundo con los ideales de libertad, democracia e igualdad de la Modernidad- los derechos humanos estaban reducidos al marginamiento, e inclusive hoy a que su reivindicación sea objeto de descalificación como acción subversiva. La Constitución de 1991 rompe con esta tradición que tenía en la rancia Constitución de 1886 su más importante expresión.

Tan solo en sus orígenes el espíritu de la Revolución Francesa había sido determinante en la orientación de los textos constitucionales colombianos. Luego de que las Constituciones provinciales del período de la independencia -entre ellas las de las repúblicas de Tunja y de Antioquia de 1811, y las de Cundinamarca y Cartagena de 1812, tuvieran un primer capítulo dedicado a “Los derechos y los deberes del hombre en sociedad”, cuya vigencia era concebida como la razón de ser del orden social, y cuyo contenido fuera muy cercano a la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789², los derechos humanos fueron quedando relegados tanto en el texto de las constituciones republicanas, como en la interpretación de las mismas. En la Constitución de 1886 se logra finalmente que el principio de autoridad prime sobre las libertades, dando lugar a un Estado de marcado carácter autoritario.

¿Cuál puede ser el origen del desplazamiento de los derechos humanos a un plano muy secundario dentro de la tradición constitucionalista colombiana? A lo largo del siglo XIX las ideas constitucionales criollas tuvieron como fuente privilegiada al liberalismo inglés, en especial las ideas de Bentham. Ocupándose de este autor el historiador Jaime Jaramillo Uribe ha dicho que “las ideas de los derechos del hombre y el derecho natural (...) son ajenas al liberalismo británico”, y que algunos teóricos ingleses decimonónicos “dejaban reducida la concepción del Estado a unas cuantas indicaciones para la acción política”³. A ello era muy cercano Núñez quien entendía la política como “el arte del compromiso”⁴. Con tal susten-

² La Constitución de Cundinamarca de 1812 decía en su artículo 1: “Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad”. Esta Carta fue redactada bajo la inspiración de Antonio Nariño, quien había traducido la Declaración francesa en 1794.

³ Jaime Jaramillo Uribe, “Formas y vicisitudes del liberalismo colombiano en el siglo XIX”, en *Revista Eco*, Tomo II, No. 6, Bogotá, abril, 1961, págs. 547 y 548.

⁴ *Ibid*, pág. 549.

to ideológico la Constitución de Núñez desterró el impulso libertario de la independencia, que se inspiró con Nariño en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, dando paso a un nuevo espíritu de la época, a la Regeneración.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales del Siglo XX bebieron en las fuentes de la Escuela del Derecho Público Francés⁵, en la cual se había desvanecido la prioridad por los ideales originarios de la Revolución. Esta tradición construyó la teoría constitucional con base en la parte orgánica de la Constitución, haciendo a las instituciones del Estado sujetos centrales del sistema y la interpretación constitucionales⁶. Por ello no es de extrañar que el constitucionalismo colombiano haya relegado la reflexión sobre el contenido de los derechos y sobre su condición de fines del ordenamiento constitucional, de la organización social y de las actuaciones del Estado. En este sentido se afirma:

“Hasta la Constitución de 1991 habíamos tenido en Colombia un Derecho Público puramente organicista y administrativista. La reflexión y la práctica iuspublicista se centraban en el estudio de las competencias y relaciones entre los órganos del poder. El ‘estatuto de las libertades del ciudadano’ -o como se le dice ahora ‘la Carta de Derechos’- solamente ocupaba un lugar marginal”⁷.

En este contexto, en el antiguo régimen constitucional los derechos humanos no fueron más que una “declaración de postulados dogmáticos”, como lo pregonaba la doctrina⁸. Así los derechos humanos se convirtieron apenas en criterios de interpretación de la Constitución y de la ley, y en orientaciones para la actuación del Estado que, por su carácter programático, podían ser más o menos atendidas, o simplemente inaplicadas. La fuerza normativa de los derechos era escasa, y nula la del Preámbulo y los principios, normas todas que podían dar un sentido y establecer límites a la gestión del Estado. Sin disposiciones obligatorias que le fijaran un norte, no pocas veces el Estado fue entendido como un fin en sí mismo, pasando con ello por encima de los derechos y la dignidad humana, es decir, sacrificando en su defensa a las personas. Esta primacía de la autoridad y el orden sobre la libertad fue invertida en la Carta de 1991⁹.

⁵ En las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en los manuales de derecho constitucional colombiano es frecuente encontrar la cita de autores como Burdeau, Diguít, Duverger, Chevalier, Hauriou, Prelot y Vedel.

⁶ Cfr. Francisco Caamaño, “Mandato parlamentario y derechos fundamentales”, en *Revista Española de derecho constitucional*, Año 12, No. 36, septiembre-diciembre de 1992, págs. 123 y 124.

⁷ Alvaro Echeverry Uruburu, “Derecho de tutela y derechos fundamentales”, en *Revista Debate y justicia*, Año 1, No. 1, Bogotá, agosto de 1992, pág. 29.

⁸ Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1983, pág. 277.

⁹ Cfr. Iván Orozco Abad, “Constitución de 1991: El nuevo estado de excepción”, en *Análisis político*, No. 13, mayo -agosto, 1991, pág. 64.

Los derechos humanos como fundamento y fin esencial del Estado

Si en la interpretación constitucional derivada de la Carta de 1886 los derechos humanos tenían apenas un papel marginal y su carácter vinculante era débil, en la Carta de 1991 se ha operado un cambio importante en la definición de su relación con el Estado. En la nueva Constitución los derechos humanos adquieren un significado totalmente distinto, pues tienen plena fuerza normativa en las relaciones entre los miembros de la sociedad y frente al Estado. De acuerdo con el artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...) fundada en el respeto de la dignidad humana”. Siendo los derechos humanos los atributos de ésta, el canon constitucional citado puede leerse de la siguiente manera: “El Estado colombiano se funda en los derechos humanos.”

Entendiendo que el concepto de fundamento alude a la razón de ser de algo, puede afirmarse que el Estado que instituyó la Constitución de 1991 tiene como justificación básica lograr la plena vigencia de los derechos humanos. En efecto, en ejercicio de la soberanía popular de la cual son titulares y a través de los constituyentes elegidos por el voto popular, los ciudadanos colombianos acordaron las reglas de convivencia de la sociedad, es decir los derechos humanos, y se comprometieron a respetarlos. Con el fin de asegurar su respeto, la Carta instituyó al Estado para que, proveído del uso legítimo de la fuerza, disuada a los miembros de la sociedad de violar los derechos de los demás, y en caso de que ello ocurra, restablezca la situación y sanciones a los responsables.

De esta manera, el Estado no se justifica por sí mismo. El Estado sólo fue instituido por una razón externa a él. Sólo justifica la existencia del Estado la razón de garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos. En esta línea de argumentación ha dicho la Corte Constitucional: “La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”¹⁰.

En estrecha relación con el postulado de su artículo 1, la Constitución establece en su artículo 2 que el fin esencial del Estado es “garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Y en el inciso segundo del mismo artículo puede leerse: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”.

La Constitución define aquí el objetivo que debe guiar al Estado, en consonancia con el fundamento del cual proviene. El obrar estatal no es aleatorio ni depende del capricho de sus agentes. Su funcionamiento tiene

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-499/92, MP. Eduardo Cifuentes.

una finalidad determinada, una teleología, que está definida por los derechos reconocidos en la Constitución. La Carta abunda en esta prescripción al establecer lo mismo para la actuación de las autoridades. Recogiendo y ampliando el artículo 16 de la Constitución de 1886, y dándole verdadera fuerza, el constituyente de 1991 coloca como objetivo de la actuación de todos aquellos que desempeñan las funciones del Estado, en todas sus ramas y órganos, velar porque las personas puedan gozar de sus derechos.

Al calificar a éste como su fin esencial -es decir aquel que tiene prioridad sobre cualquier otro cometido que se le haya encargado- la Constitución establece una jerarquía entre los distintos objetivos de la actuación del Estado. El Estado debe orientarse en todo momento a que los derechos humanos tengan una vigencia real. Toda otra finalidad que pueda perseguir el Estado de manera legítima ha de estar acompañada, e inclusive subordinada, a la búsqueda de este fin. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: “El aparato del estado no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos”¹¹.

En cuanto los derechos humanos son el fin esencial de la actuación del Estado, éste es siempre apenas un instrumento a su servicio. O lo que es lo mismo, el Estado es sólo un medio al servicio de las personas y de la sociedad que éstas conforman.

El carácter inalienable de los derechos humanos y su primacía sobre el Estado

La Carta del 91 no sólo define cuál es el papel de los derechos humanos en el momento de la constitución jurídica del Estado y a la hora de su actuación, sino que establece criterios para la definición de conflictos en caso de que los derechos humanos entren en contraposición con los intereses del Estado. Así en su artículo 5 dice: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)”.

Puesto que en la modernidad ni las personas ni la sociedad forman una sola identidad con el Estado, son posibles los conflictos entre la eficacia de los derechos humanos y los intereses estatales.

¿Qué debe predominar en estos casos? ¿El debido proceso al que tiene derecho el acusado o el ejercicio del poder punitivo del Estado? ¿El derecho a no ser torturado o el control del orden público durante los estados de excepción? La norma constitucional establece una clara prevalencia en favor de los derechos de las personas de tal manera que el Estado debe buscar sus metas inmediatas por otros medios, antes que llegar a desconocer un derecho o reducir el ámbito de su vigencia.

¹¹ Sentencia T-406/92, MP. Ciro Angarita.

La exclusión de la violaciones de los derechos que se realizan en nombre de las razones de Estado parte del supuesto de la no disponibilidad de los derechos humanos por parte del Estado ni de los asociados, a la que hace referencia el artículo 5 de la Carta cuando establece el carácter inalienable de los derechos. Según ello, los derechos reconocidos constitucionalmente son de las personas por el solo hecho de su existencia y de ellos no pueden ser despojados, pues no es posible privar a los seres humanos de su condición de tales.

Una interpretación de la Constitución orientada por los derechos humanos

Con base en una interpretación de la Constitución orientada por los postulados acerca de los derechos humanos como fundamento y fin esencial del Estado, de su primacía sobre las razones de Estado y de la imposibilidad de su alienación, en el texto de la Constitución de 1991 cabe distinguir dos secciones: una “parte teleológica” o de los fines, de la cual hacen parte el Preámbulo, los principios y los derechos, y una “parte instrumental”¹², o de los medios, compuesta por la organización del Estado, la organización territorial y el régimen económico. Así, la estructura de la Constitución consiste básicamente en dos partes entre las cuales existe una relación de medio a fin.

De ahí la relevancia que pueda tener una interpretación de la Constitución orientada por los derechos humanos frente a otras posibles lecturas. Entre ellas puede hacerse referencia a aquellas que entienden que el nuevo orden constitucional se orienta esencialmente a la integración latinoamericana, la modernización del Estado, la descentralización o la relegitimación de las instituciones. En estas aproximaciones subyace aún una visión organicista del orden constitucional, en la que se da más importancia a los medios que a los fines. Más plausible resulta ser una interpretación de la Constitución orientada por el objetivo de hacer reales los derechos humanos considerados en su integridad, pues su realización tiene consecuencias al mismo tiempo en las luchas por las libertades frente a los comportamientos autoritarios del Estado, por la profundización de la democracia, por la justicia social, por un ambiente sano y por la paz.

Puesto que “el respeto y la efectividad de los derechos fundamentales es eje principalísimo de la axiología que inspira la Carta de 1991”¹³, la nueva Ley Fundamental recupera el espíritu de los estatutos fundamentales de la época de la Independencia, y con él la lucha por la dignidad humana como objetivo básico del orden constitucional colombiano.

¹² Propongo esta terminología a cambio de la tradicional “parte dogmática” y “parte orgánica”, pues se adecúa más fielmente a la filosofía de la nueva Constitución.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-027/93, MP. Simón Rodríguez.

Artículo 11

*El derecho a la vida es
inviolable. No habrá pena de
muerte.*

1. El derecho a la vida es uno de los ejes fundamentales de la nueva Constitución. La Carta de 1991 tiene en sus orígenes un acuerdo de paz entre el Estado y varios grupos guerrilleros desmovilizados, y comporta también un acuerdo de convivencia entre los miembros de la sociedad colombiana. De ahí que uno de sus objetivos, si no el más importante, sea el de contribuir a la lucha contra la violencia¹. Así, la primera cláusula de la Carta de Derechos es la prohibición de despojar de la vida a otra persona, y obliga a que la solución de toda clase de conflictos no involucre la eliminación del contrario.

2. Esta norma de protección de la vida de los asociados es la cláusula básica de la constitución jurídica de la sociedad civil que se da con la expedición de la Carta. Como pacto de convivencia, la Carta busca con su artículo 1 asegurar la vida a todos los asociados mediante el compromiso de cada uno de no atacar la vida de los demás. En esta perspectiva, el derecho a la vida que tienen todos los habitantes del país supone en los demás el deber de igual rango constitucional de abstenerse de atentar contra él².

¹ En 1991 fueron asesinadas 28.140 personas, es decir 77 personas por día en promedio. De estos homicidios 3.762 fueron consecuencia de la violencia política, los cuales equivalen al 13.3% del total, con un promedio de 10 por día. 24.378 víctimas son consecuencia de la violencia común, que representa el 86.6% del total, con un promedio de 66 asesinatos diarios. Esta situación se ha mantenido en los mismos niveles en los últimos años. Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1995*, Bogotá, CCJ, 1996, pág.3.

² La acción de tutela resulta procedente en este contexto para proteger la vida de una persona cuando se encuentra amenazada por otro particular frente al cual se halle en estado de

3. Instituido para garantizar los derechos y en caso de su violación, para que la sancione, el Estado tiene las obligaciones de prevenir el desconocimiento de este derecho entre los particulares –atacando las causas sociales de la criminalidad e impidiendo que tales conductas se cometan–, de castigar a los culpables a través del aparato judicial y de ordenar su reparación.

Existiendo en el Estado la obligación de garantizar la vida de quienes habitan en Colombia, la actuación de los grupos paramilitares y la ausencia de condenas penales de la inmensa mayoría de sus crímenes, constituyen un incumplimiento por parte del Estado de este deber, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos³.

4. En desarrollo del deber de respeto de los derechos radicado en el Estado, contemplado en el artículo 1 de la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, sus agentes deben abstenerse de toda acción que desconozca el derecho a la vida de las personas. En el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, con base en los artículos 4 (derecho a la vida) y 1.1 (deber de respeto) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana ha declarado responsable al Estado colombiano, entre otros varios casos, por la ejecución extrajudicial

indefensión. Corte Constitucional, Sentencia T-573/92, MP.Ciro Angarita.

³ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.

a manos de miembros del ejército de Martín Calderón y Primitivo Silva⁴.

5. Las obligaciones de las autoridades del Estado que se derivan del derecho a la vida van más allá de la prohibición del atentado directo, y excluyen también toda actuación del Estado que conduzca de manera indirecta a su desconocimiento. Con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad parcial de la Ley Antisecuestro (Ley 40 de 1993), la Corte Constitucional tuvo presente una intervención ciudadana en la que se sostenía que convertir en delito el pago de rescates daba lugar a que el Estado aumentara el peligro al que está sometida la vida del secuestrado. Por lo tanto, el Estado no sólo tiene el deber de respetar el derecho a la vida de las personas, sino que también está en la obligación de no hacer nada que ponga en peligro su vida, o que haga más graves las circunstancias de las cuales puede derivarse su pérdida⁵.

6. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la vida conlleva también el deber de los Estados de ejercer un efectivo control sobre las autoridades para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza, el cual tiene en las ejecuciones arbitrarias una de sus expresiones. Para hacer cumplir la ley o restaurar el orden

público el uso de la fuerza debe ser excepcional y debe cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad⁶.

7. Una garantía especial de la vida existente en los tratados de derechos humanos es la proscripción del genocidio entendido como la comisión sistemática de actos como los atentados contra la vida o la integridad física o mental, el sometimiento de las personas a condiciones de existencia que conduzcan a su destrucción física, la obstaculización del nacimiento de niños o la imposición del traslado de grupos étnicos, nacionales o religiosos, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso⁷. Dada la gravedad que comporta, la eliminación reiterada de personas por razones políticas debería ser también considerada como constitutiva de genocidio. En Colombia, en donde no existe el tipo penal de genocidio y en la que las masacres se suceden día tras día, la eliminación de más de 2000 militantes del movimiento político de izquierda Unión Patriótica es un caso dramático. Especialmente grave también ha sido el asesinato de más de un centenar de miembros o simpatizantes del movimiento Esperanza, Paz y Libertad, creado luego de los acuerdos de paz con la guerrilla del Ejército

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 12, 34, 44, 85, 86, 93, 214n2, 377.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No.32/91, Caso 10.454 (Colombia). Puede consultarse en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Colombia ante la CIDH 1991-1992*, Bogotá, CAJSC, 1992, pág. 23 y ss.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-542/93, MP. Jorge Arango.

⁶ Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, págs. 51 a 53. Esta materia se encuentra regulada por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979.

⁷ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo 2.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 29

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 9 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 1)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, col. 3)
Comisión V, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 37, col. 3)
Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 11 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 15 y 16
Comisión IV: abril 17
Plenaria: junio 5, 6, 8, 10, 14 y 28

to Popular de Liberación celebrados en 1991.

8. El derecho internacional humanitario, aplicable en situaciones de conflicto armado interno⁸, prohíbe tanto a los agentes del Estado como a los miembros de la guerrilla, atentar contra la vida de la población civil y de los combatientes que hayan depuesto las armas o hayan quedado fuera de combate⁹. Se prescribe también que enfermos y heridos han de ser recogidos y atendidos. Están prohibidas las represalias contra la población civil y los ataques indiscriminados, tales como los bombardeos¹⁰. En busca de la protección de la vida también están proscritos los atentados contra “bienes indispensables para la supervivencia de la población civil” y contra aquellas “obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”¹¹.

9. Este artículo constitucional establece así mismo una limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado excluyendo la aplicación de la pena de muerte, cláusula que hace parte del régimen constitucional colombia-

⁸ La vigencia del DIH en el conflicto armado colombiano se deriva de la imperatividad propia de las normas que hacen parte del *ius cogens*, de su adopción directa por el ordenamiento constitucional en su artículo 214n2 y de la incorporación específica de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos I y II al ordenamiento interno. Ver Corte Constitucional, Sentencias C-574/92, MP. Ciro Angarita y C-255/95, MP. Alejandro Martínez.

⁹ Convenios de Ginebra, artículo 3.1.a. común y 3.2. común; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 4.1.

¹⁰ Protocolo I adicional de los Convenios de Ginebra, artículo 51 y Protocolo II, artículo 13.

¹¹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 54 y 56 y Protocolo II, artículos 14 y 15.

no desde la reforma de 1910. Contra esta norma se han dirigido desde 1992 una de las manifestaciones recurrentes del movimiento que busca una reforma regresiva de la Constitución, orientada a imponer la pena capital para los autores de diversos delitos, propuesta que hasta el momento ha resultado frustrada. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4.3 prohíbe a los países signatarios restablecer la pena de muerte luego de haber sido en algún momento proscrita en su legislación interna. Esta prohibición tiene razón de ser en la inclinación recurrente de pueblos y estados a retroceder a las épocas de barbarie de la simple reacción irreflexiva ante las ofensas o de la ley del talión. La protección universal del derecho a la vida tiene en la pena de muerte un foco de crisis, pues ella se aplica hoy en numerosos países del mundo, entre ellos algunos de los países “más civilizados”.

10. El eventual conflicto entre el derecho a la vida y el interés general ha sido resuelto en favor del primero por la Corte Constitucional. En su estudio de la Ley Antisecuestro la Corte consideró que sus contenidos comportaban una contraposición entre el peligro individual de perder la vida, derivado de la ausencia de pago del rescate, y el fin de evitar que en el futuro continuara la práctica de este delito, fin que era identificado con el interés general. A este objetivo se quería llegar desestimando la comisión del secuestro obstaculizando la satisfacción económica de las exigencias de los secuestradores. Partiendo de concebir la dignidad humana como la condición de la persona que la hace fin en sí mismo y que impide que en cualquier relación sea sólo medio para

otros fines,¹² la Corte en la sentencia antes citada, consideró que la norma convertía a los secuestrados en medios para los fines de la lucha contra la criminalidad, desconociendo el artículo 1 de la Constitución que introduce en el ordenamiento el bien jurídico de la dignidad humana, y contrariando el postulado del artículo 2, según el cual el Estado es sólo un instrumento para la garantía de los derechos de las personas¹³.

11. Otra circunstancia en la que el derecho a la vida puede hallarse en situación de conflicto es la eventual contraposición entre la vida actual y las expectativas de vida. También en el curso de la revisión de la Ley Antisecuestro realizada en la sentencia citada, una intervención ciudadana observó cómo el objetivo general que perseguía la ley de evitar en el futuro los secuestros, daba lugar a una contraposición entre la vida de los entonces secuestrados y la vida de los que eventualmente fueran en adelan-

te víctimas de un secuestro. A la hora de establecer prioridades, lo procedente era preferir la protección de las vidas sometidas a un peligro actual sobre una mera expectativa derivada de que esta ley tuviera una real eficacia.

12. El derecho a la vida también es objeto de protección en otros contextos. Con base en este derecho se obliga al Estado a que en la legislación, en su actividad administrativa y en la función judicial haga todo lo necesario para evitar que determinados hechos lleguen a comprometer la vida de las personas. Así, la Corte Constitucional tuteló el derecho a la vida de los pilotos de aeronaves y obligó al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil a realizar una serie de acciones tendientes a garantizar la seguridad en los terminales aéreos, en beneficio de las tripulaciones, los pasajeros y de terceros situados en tierra¹⁴.

13. El desconocimiento del derecho a la vida puede darse de manera indirecta cuando de la falta de satisfacción de un derecho de la segunda generación como el derecho a la salud, o de un atentado contra el ambiente, se derive una amenaza para la vida de las personas. En estos casos procede la tutela de la vida y del otro derecho involucrado, que se torna fundamental, debido a la conexidad en que se encuentra con el primero, de carácter fundamental¹⁵.

¹² La derivación de los derechos humanos del concepto de dignidad humana es una de las posibilidades más fuertes de fundamentación actual de los derechos humanos. Desarrollada a partir del imperativo categórico de Kant, ha sido actualizada entre otros por Dworkin, para quien tomar los derechos en serio significa suponer que sus titulares, es decir las personas, deben ser tenidas siempre como fines y no sólo como medios. Entre nosotros Angelo Papacchini ha argumentado en esta línea de fundamentación en *Filosofía y Derechos Humanos*, Cali, Facultad de Humanidades-Universidad del Valle, 1994, pág. 239 y ss.

¹³ Con base en la previsión del artículo 1 CP., que funda al Estado en el respeto de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha entendido este concepto en el sentido kantiano entre otras en las sentencias T-428/92, MP. Ciro Angarita, T-484/93, MP. José Gregorio Hernández y C-221/94, MP. Carlos Gaviria.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-552/93, MP. José Gregorio Hernández.

¹⁵ Entre otras sentencias de la Corte Constitucional pueden verse las de referencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita y T-232/93, MP. Alejandro Martínez.

LEGISLACION

Código Penal, artículos 323 y 343

Código Civil, artículo 91

Ley 40 de 1993

Ley 137 de 1994, artículo 4

Ley 146 de 1994

Ley 162 de 1994

Ley 165 de 1994

Ley 171 de 1994

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-006, T-402, T-406,
T-411, T-415, T-424,
T-426, T-439, T-441,
T-444, T-487, T-496,
T-525, T-526, T-534,
T-571, T-578, C-587,
T-596, T-613.

1993

C-003, T-028, T-044,
T-092, T-102, T-116,
C-127, C-134, T-139,
T-179, T-188, T-225,
T-229, T-230, T-231,
T-250, T-298, T-307,
T-318, T-325, T-328,
T-356, T-366, T-375,
T-380, T-406, C-411,
T-437, T-449, T-471,
T-480, T-495, C-504,
C-530, T-536, T-551,
T-559.

1994

T-004, T-014, T-016,
T-029, T-030, C-049,
C-058, T-067, C-069,
T-082, C-088, T-123,
T-125, C-131, C-133,
C-134, T-144, T-154,
T-173, T-178, T-218,
T-229, C-273, T-277,
T-290, T-322, T-330,
T-341, T-354, T-36,
C-371, T-383, T-385,
T-401, T-403, T-420,
T-422, T-443, T-447,
T-463, T-468, T-469,
T-487, T-500, T-552,
T-567, T-571, T-576.

1995

T-005, T-015, T-049,
T-092, C-106, C-138,
T-154A, T-158, T-165,
C-178, T-209, C-225,
T-284, T-285, C-318,
T-385, T-387, T-425,
T-436, T-443, T-455,
T-456, T-477, C-490,
T-495, T-513, T-526,
T-529, T-557, T-559,
T-571, T-579, C-591.

14. La vida humana que goza de protección constitucional comier. en el momento de la concepción. Ello se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos como de la Convención americana (artículo 4.1) y la Declaración de los derechos del niño, que en su preámbulo postula la necesidad de la protección del niño “tanto antes como después de su nacimiento”. Con base en estas fuentes internacionales de los derechos y en el Preámbulo y los artículos 11, 43 y 44 de la Carta, la Corte Constitucional ha entendido que el *nasciturus* o no nacido es titular de derechos, y para su protección ha ordenado, entre otras medidas, relevar del servicio a un soldado cuya contribución económica era indispensable para atender a sus hijos gemelos por nacer, haciendo primar los derechos de ellos por encima de los deberes de su padre con el Estado¹⁶.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del delito de aborto, luego de que fuera demandado aduciendo que sólo las personas son titulares de los derechos y el no nacido no lo es, y afirmando que la mujer en su libertad tiene derecho a decidir cuántos hijos quiere procrear¹⁷. No existiendo en el nuevo ordenamiento constitucional un derecho a disponer de la vida del que está por nacer, tampoco parece apropiada su sanción penal en todos los casos. Las situaciones en las que la continuación del embarazo no es exigible constitucionalmente por estar en juego los derechos a la vida, la salud o la dignidad

de la mujer, tales como el embarazo originado en el incesto o la violación, deberían tenerse como eximentes de la responsabilidad penal hoy establecida¹⁸.

En la reflexión acerca de la penalización de los abortos practicados por fuera de las circunstancias enunciadas, cabe ahondar en el conocimiento de la idoneidad del sistema punitivo para perseguir este delito, preguntarse por la eficacia disuasiva de la criminalización del aborto y tener claridad acerca de sus efectos sociales negativos. A pesar de que esta conducta está contemplada en el Código Penal, en Colombia se practican cada año alrededor de 300.000 abortos clandestinos, según cifras citadas por la Corte Constitucional en la sentencia comentada. Sin embargo, según estadísticas del DANE también citadas por la Corte, en 1980 se dió comienzo a 4.215 procesos por este delito y en 1991 tan solo se iniciaron 324. Por otra parte, la penalización del aborto y los consecuentes altos costos que tiene para las personas de escasos recursos pues no pueden acudir a las instituciones oficiales de salud, conduce a que éstos se realicen por fuera de todo control estatal y en precarias condiciones técnicas e higiénicas. Ello no pocas veces desemboca en la muerte de la madre, haciendo que el aborto sea una de las principales causas de mortalidad materna.

¹⁸ Al respecto pueden verse las conclusiones del Salvamento de voto a la sentencia citada, suscrito por los magistrados Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez. En fallo más reciente la Corte Constitucional, con salvamentos de voto, reiteró la exequibilidad de la prohibición del aborto en todas las circunstancias. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-013/97.

¹⁶ Vide Sentencias T-179/93, MP. Alejandro Martínez y SU-491/93, MP. Eduardo Cifuentes.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-133/94, MP. Antonio Barrera.

Atendiendo a consideraciones como las expresadas debería avanzarse en la creación de un ambiente propicio a una discusión a fondo de esta problemática, inclusive de la eventual legalización de esta práctica. De continuar la penalización del aborto, la actuación del Estado no debería reducirse a mantener esta conducta dentro del Código Penal. Cualquiera de las dos opciones debe estar acompañada de una política de prevención del aborto y de sus efectos nocivos, fundada en el derecho a la vida. Tal programa debería comprender por lo menos la formación de una conciencia social respetuosa de la vida del que está por nacer¹⁹ y de una cultura del ejercicio responsable de la sexualidad, así como la puesta al alcance de la población de métodos de control de la natalidad -incluyendo su distribución gratuita en los sectores pobres cuyas mujeres son las más sometidas a los efectos nocivos del aborto- y la inspección por el Estado de la multitud de centros médicos que lo practican.

1996

C-017, C-070, T-076,
T-089, C-103, C-118,
T-138, T-146, T-232,
T-236, T-247, SU-256,
T-258, C-264, T-287,
T-311, T-322, T-323,
C-362, T-546, T-589,
T-590, T-680, SU-707,
T-714.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2. y 6.
Declaración Americana, artículo I.
Convención Americana, artículos 4 y 27.2.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6.
Convenios de Ginebra, artículo 3 común.
Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 51, 54 y 55.
Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 2.a., 4.1., 13, 14 y 15.

¹⁹ Para el primer Defensor del Pueblo Jaime Córdoba Triviño "la eliminación de seres humanos aún no nacidos (...) desconoce el valor preeminente de la vida humana (...) y choca "de frente con la denominada cultura de los derechos humanos". Ver "Agresiones letales", en *Revista Su defensor*, Año 3, No.25, agosto de 1995, pág.3.

Artículo 12

*Nadie será sometido a
desaparición forzada, a
torturas ni a tratos o
penas crueles, inhumanos
o degradantes.*

1. La Constituyente reconoció a todos el derecho a la integridad personal, el cual fue formulado como una prohibición de la práctica de la desaparición forzada y del sometimiento a las personas a conductas que entrañen torturas o tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. El primer caso de desaparición forzada de personas en Colombia fue registrado en las estadísticas de la violencia reciente en Colombia en 1972¹. Practicada de manera sistemática por los regímenes militares en América Latina, su ejecución se hizo común entre nosotros con ocasión del escalamiento del conflicto armado y la acentuación de la guerra sucia durante la administración del presidente Turbay Ayala².

3. Perseguida bajo la forma del delito de secuestro y en la inmensa mayoría de los casos en la impunidad, su proscripción constitucional ha debido traducirse ya en la tipificación del delito de desaparición forzada de personas. En la definición legal de este delito debería tenerse en cuenta que históricamente los responsables de estas conductas han sido agentes estatales y que, según los instrumentos internacionales sobre la materia, la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, de carácter continuado o permanente en su realización, que su acción penal es imprescriptible, y

que no puede ser considerado como delito político, ni ser objeto de los beneficios de amnistía o indulto. Según estas normas internacionales, tampoco puede alegarse la obediencia debida como eximente de responsabilidad, ni las razones del servicio para dar lugar a la aplicación del fuero militar, por lo que en ningún caso puede ser de conocimiento de los tribunales militares. El subordinado que reciba la orden de desaparecer a una persona tiene el deber y el derecho de no obedecerla³. La desaparición es considerada una violación del derecho a la vida, la integridad personal, la libertad y de todos los derechos fundamentales de las personas⁴.

Aprobado por el Congreso un proyecto de ley que creaba este delito, en 1994 el gobierno del presidente Gaviria lo objetó aduciendo la inconstitucionalidad de los artículos que excluían el uso del principio de la obediencia debida como causal de justificación y que impedían que el conocimiento de estos crímenes se trasladara a la justicia penal militar. El Congreso aceptó entonces las objeciones presidenciales en el segundo semestre de 1994, y poco después el proyecto de ley fue archivado. Algo similar ocurrió con el proyecto de ley que incorporaba a la legislación interna la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, el cual no ha sido objeto

¹ Comisión Colombiana de Juristas, op. cit., pág. 3.

² Luego de que en 1980 se tuviera noticia de 4 casos, en 1981 se registraron 101 casos. Este número aumentó en 1988 hasta llegar a 210 casos y 217 en 1990. En 1994 se presentaron 147 desapariciones forzadas, con un promedio de 1 desaparición cada dos días y medio. Ibid.

³ Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, artículos 3, 5, 7, 8 y 9 –todavía no ratificada por Colombia–, y Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículos 6.1, 14, 16.2, 17 y 18. Ver Corte Constitucional, Sentencia T-409/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁴ Vide Daniel O'Donnell, op. cit., págs. 50 y 51.

de estudio por el Congreso luego de que le fuera presentado a su consideración en 1994.

4. A diferencia de la persecución penal, la justicia administrativa ha venido cumpliendo de manera significativa la función de restablecer el derecho ante la ocurrencia de la desaparición forzada de una persona. Son numerosos los casos y reiterada la jurisprudencia que ha condenado al Estado al pago de una indemnización derivada de tal conducta. En la actualidad el juez administrativo enfrenta un nuevo reto: dejar atrás el carácter exclusivamente indemnizatorio de la sentencia administrativa en busca de una reparación íntegra. En este sentido en el caso de la desaparición forzada de una persona se ha propuesto que la sentencia se extienda a conminar al Estado a adoptar todas las medidas indispensables para devolver a la víctima a la sociedad -si está viva-, y si no lo está, para que sus restos mortales sean entregados a sus familiares⁵. La solicitud de entrega de los despojos de un familiar ha tenido respuesta dentro del trámite del proceso penal y podría hacerse a través de la acción de tutela.

5. Al prohibir de manera absoluta la comisión de todo acto que atente contra la vida y la integridad personal, la Constitución busca contribuir a la superación de la barbarie que encarnan aquellas conductas que como las torturas destruyen la dignidad humana, tanto de la víctima como de sus autores⁶.

⁵ Salvamento parcial de voto del magistrado Benjamín Herrera a la Sentencia del 16 de noviembre de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Tercera-.

⁶ En Colombia durante el período comprendido entre octubre de 1994 y septiembre de 1995

Por tortura se ha entendido todo acto por el cual se infligían intencionalmente a una persona dolores físicos o morales con cualquier fin, entre ellos el de obtener una confesión, castigarla o aterrorizarla, o por motivos de discriminación, o que sin causar dolor tienda a anular su personalidad, o su capacidad física o mental⁷.

La práctica de las torturas tampoco puede justificarse con base en razones de obediencia debida⁸. Esta prohibición, establecida por el derecho internacional de los derechos humanos, conduce a una interpretación restrictiva del artículo 91 de la Constitución, limitando las circunstancias en que la obediencia debida puede ser alegada como causal que excluya la responsabilidad. La Corte Constitucional ha dicho que los funcionarios que acaten una orden que conduzca al desconocimiento franco de los derechos humanos, tales como las de practicar torturas a una persona, tienen el derecho y el deber de no obedecerlos⁹.

6. El artículo 12 C.P. establece también límites a las penas imponibles por el Estado. En principio la cárcel sólo puede afectar el disfrute de la

se registraron 533 casos de personas torturadas. De ellas 418 fueron luego asesinadas. Comisión Colombiana de Juristas, op. cit., pág. 4.

⁷ Vide Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, artículo 1 (1) y Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2. Suscrito en Cartagena el 9 de diciembre de 1985 y presentado por primera vez al legislativo en 1986, este último tratado fue aprobado por el Congreso en 1997.

⁸ Convención contra la Tortura, artículo 2.3

⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-409/92, MP. José Gregorio Hernández.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 13, 28, 29, 34, 44, 85, 86, 93, 214n2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 9 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 1) y artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 3)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, col. 3)
Primer Debate, artículo 5 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 12 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 15, 16, 23 y 25, mayo 15.
Comisión IV: abril 17
Plenaria: junio 1, 5, 6, 8, 10, 14 y 28

LEGISLACION

Código Penal, artículo 279
Ley 40 de 1993
Ley 65 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 104 de 1993
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 171 de 1994
Ley 173 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS

1992

T-006, T-401, T-402,
T-411, T-418, T-426,
T-439, T-441, T-444,
T-499, T-505, T-526,
T-534, C-541, C-574
C-587, T-596.

1993

C-003, T-009, C-127,
T-135, C-171, C-207,
C-214, T-238, T-318,
T-376, T-380, T-384,
T-437, T-494, C-504,
C-542, C-591, T-596.

1994

T-015, C-058, C-069,
T-123, C-131, T-135,
T-144, C-146, T-218,
T-254, T-277, C-300,
T-341, T-354, T-401,
C-425, T-443, T-456,
T-487, T-503, C-562.

1995

T-005, T-015, T-024,
T-032, T-045, T-049,
T-095, C-106, T-138,
T-209, C-225, C-318,
T-378, T-385, T-391,
C-394, T-436, C-490,
T-520, C-522, T-557,
T-571, T-579.

1996

C-017, C-070, T-076,
T-089, C-118, C-175,
T-215, T-247, T-258,
T-323, T-420, T-421,
C-431, T-507, C-657,
T-680, C-683, T-714.

libertad personal, por lo que quienes son reclusos en ella conservan los demás derechos humanos. La prisión no puede estar acompañada de sanciones que impliquen crueldad o que atenten contra la dignidad humana del recluso. A este respecto los instrumentos internacionales son prolijos en la definición de derechos. Las penas no pueden ser crueles o infamantes, lo cual condiciona la naturaleza y la dosificación de las sanciones¹⁰, y la pena no puede trascender la persona del delincuente¹¹.

De esta norma también se desprende el derecho de las personas reclusas en las cárceles a un trato humano,¹² del cual hace parte el derecho a recibir visitas. Son violatorios del mismo la incomunicación de los detenidos, el hacinamiento, el tamaño muy reducido de las celdas, la falta de luz o la iluminación permanente, la privación de los ejercicios físicos, de la recreación y de la atención médica o espiritual¹³.

Según las normas internacionales el recluso tiene derecho a defenderse de las acusaciones que se le hagan y a formular quejas ante las autoridades competentes,¹⁴ y es ilícito que se le impongan sanciones no previstas en el reglamento carcelario. Como desarrollo del principio de la presunción de inocencia los procesa-

dos deben estar separados de los condenados, así como también los niños deben estar en un espacio distinto a aquel que ocupan los adultos.¹⁵ Los presos políticos deben estar apartados de los presos comunes¹⁶.

Finalmente, los instrumentos internacionales colocan como objetivo principal del tratamiento penitenciario la resocialización del condenado¹⁷. Por lo tanto, el Estado no sólo está obligado a dar un trato humano a los reclusos, sino que está también en el deber de garantizar que la totalidad de las circunstancias cotidianas de las cárceles busquen su dignificación. A tal previsión resulta contraria el establecimiento de la cadena perpetua, que a pesar de hallarse también proscrita por la Constitución en sus artículos 28 y 34, ha sido establecida en Colombia con la introducción de penas de hasta 60 años para varios delitos, entre ellos los de homicidio y secuestro. Teniendo en cuenta que sólo pueden ser objeto de estas penas personas mayores de edad, el eventual cumplimiento de tales condenas rebasa en varios años la esperanza de vida actual de los colombianos.

7. El concepto de trato inhumano ha de ser entendido en toda su extensión para poder proteger a las personas de aquellas conductas que, en apariencia irrelevantes, pueden

¹⁰ Declaración Americana, artículo 26.2.

¹¹ Convención Americana, artículo 5.3.

¹² Declaración Americana, artículo 25.3 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.1.

¹³ Vide Daniel O'Donnell, op. cit., págs. 86 a 89 y 92 y 93.

¹⁴ Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, Reglas 29, 30, 35 y 36.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.1. y artículo 10.2., literales a y b.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años*, pág. 256, citado por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 99.

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.1.3, y Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regla 61.

causar graves daños. Así, la Corte Constitucional dijo en relación con un caso en el cual una maestra tapó la boca a un niño con esparadrapo, que se estaba ante un trato inhumano¹⁸. En desarrollo de este precepto está prohibido someter a las personas a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento¹⁹. También está prohibido al personal de salud participar de forma pasiva o activa en actos que constituyan tortura. Por otra parte los profesionales de la salud están obligados a brindar una atención física y mental a las personas detenidas igual a la que se brinda a las personas que no están sujetas a la privación de la libertad²⁰.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 5.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2 y 7.

Declaración Americana, artículo 1.

Convención Americana, artículos 5 y 27.2.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura.

Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Convenios de Ginebra, artículo 3 común.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 11.2.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 4.2.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-402/92, MP. Eduardo Cifuentes.

¹⁹ Pacto internacional de derechos civiles y Políticos, artículo 7.

²⁰ Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente a los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículos 1 y 2. (Resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982, de Naciones Unidas).

Artículo 13

*Todas las personas nacen
libres e iguales ante la ley,
recibirán la misma
protección y trato de las
autoridades y gozarán de
los mismos derechos,
libertades y
oportunidades sin ninguna
discriminación por
razones de sexo, raza,
origen nacional o familiar,
lengua, religión, opinión
política o filosófica.*

*El Estado promoverá las
condiciones para que la
igualdad sea real y
efectiva y adoptará
medidas en favor de grupos
discriminados o
marginados.*

*El Estado protegerá
especialmente a aquellas
personas que por su
condición económica,
física o mental, se
encuentren en
circunstancia de debilidad
manifiesta y sancionará
los abusos o maltratos que
contra ellas se cometan.*

1. El constituyente ha colocado a la libertad y la igualdad como los pilares en que se estructura el nuevo orden constitucional. “Todos nacen libres e iguales” es la sentencia que encabeza la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ que, a su vez, hereda la tradición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Libertad e igualdad son los valores que informan la totalidad de la carta de derechos y, al mismo tiempo, son ejes fundamentales de la sociedad democrática. Libertad e igualdad, o derechos civiles y justicia social, son dos fines que el Estado busca a través del respeto y el desarrollo de los derechos humanos.

La unidad de libertad e igualdad fue uno de los proyectos de la modernidad que luego quedó abandonado por su ruptura y la apropiación unilateral de sus elementos: el capitalismo se construyó sobre la base exclusiva de la libertad, lo que condujo a su crisis de individualismo y la miseria; el socialismo puso pie solamente en la igualdad, haciendo que en la uniformidad se perdiera la identidad de cada persona. De ambos sistemas políticos se derivó el totalitarismo. Hoy, de nuevo, sólo puede pensarse en la utopía de una sociedad que intente desarrollar a la vez libertad e igualdad.

En la idea de una sociedad de libres e iguales confluye la propuesta de la integralidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, perspectiva que hace parte de la concepción contemporánea de los derechos hu-

manos². De esta manera los derechos humanos, a los que les es inherente una dimensión política, guardan en su seno una utopía, la idea de una sociedad en la que se hayan superado notablemente las graves vejaciones que hoy sufren las personas.

2. La libertad es en el artículo 13 un derecho, luego de haber sido adoptada como objetivo de la organización social en el Preámbulo, y como uno de los fines esenciales del Estado en el artículo 2 de la Constitución. La libertad como derecho es también de un contenido amplio. Puesto que es aquí un poder del cual son titulares las personas, puede entenderse como la facultad de conducirse a sí mismo, en todo respecto, de acuerdo con su propio criterio. El derecho a la libertad extiende su significado más allá de sí mismo, puesto que es el fundamento de los demás derechos-libertades, es decir, de aquellos derechos que reconocen ámbitos en los que el individuo tiene la posibilidad de actuar y, en consecuencia, crean en los demás y en el Estado la obligación de no invadirlos.

El derecho a la libertad está también a la base de los derechos políticos, pues la realización de la autonomía política y de la soberanía popular consisten en el ejercicio de la libertad respecto de un objeto específico: la conducción de la sociedad y del Estado. La libre participación de los ciudadanos en igualdad de derechos es una de las condiciones esenciales de la democracia.

¹ También la Declaración americana (Preámbulo) y la Convención americana (Preámbulo).

² Vide Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, 1993, págs. 14 y 55.

3. De la misma manera, el artículo 13 de la Constitución hace referencia a la igualdad como derecho, luego de tenerse en cuenta como objetivo del nuevo ordenamiento social en el Preámbulo, y como fin esencial del Estado –el cual debe promover la prosperidad general– en el artículo 2.

4. El desarrollo de la democracia en la modernidad ha sido progresivo. El derecho a la igualdad fue primero formal o ante la ley –igualdad *de iure*–. En respuesta a las prerrogativas estamentales o hereditarias existentes en el medioevo, las revoluciones liberales institucionalizaron el principio de la igualdad ante la ley. Radicado en cada persona, este derecho supone una obligación en el poder legislativo –y en el ejecutivo cuando hace uso de la facultad legislativa extraordinaria y de su potestad reglamentaria– de dar contenido a las normas sin crear excepción alguna en relación con sus destinatarios. Por otra parte, el derecho a la igualdad se confunde con la estructura misma de la ley. En principio, a las normas jurídicas les es inherente la lógica de las leyes de la naturaleza: un mismo enunciado rige para todo evento³.

5. El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, o lo que es lo mismo, en la protección y trato que las autoridades dan a las personas –igualdad de facto–, da lugar a la existencia de la obligación en las autoridades administrativas y judiciales de otorgar a los mismos supuestos de hecho iguales consecuencias jurídicas. De lo contrario se violaría la Constitución y la misma ley. En el caso de los jueces,

éstos no pueden apartarse de dar una misma solución a casos similares.

La igualdad de trato tiene también vigencia en determinadas relaciones privadas, tales como las que se dan en el ámbito laboral. En este contexto, como desarrollo de los principios del Estado social de derecho y partiendo de las desigualdades reales, existe un interés del Estado en proteger a los sindicatos, lo cual restringe la libertad patronal. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional al tutelar a trabajadores que habían sido víctimas de la reducción de las horas extras y del auxilio de almuerzo, en razón de su vinculación al sindicato de la empresa en la que laboraban⁴.

6. El derecho a la igualdad no significa sólo que cada uno pueda ejercer un derecho de la misma manera que los demás, sino también que todos son titulares de los mismos derechos. Que todos gocen de los mismos derechos es la condición de extensión general de la vigencia del Estado de derecho y de la existencia real de la democracia.

7. La Constitución incorpora el derecho a la igualdad material, aporte que hicieron al constitucionalismo las revoluciones socialistas y las instituciones del Estado social. En una democracia real es imprescindible la existencia de una estructura de oportunidades de desarrollo personal y progreso económico al que todos los individuos y clases sociales tengan acceso.

El derecho a la igualdad material da lugar a la obligación del Estado de

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 17, 42, 43, 45, 46, 47, 50, 53, 58, 60, 64, 66, 68, 70, 85, 86, 93, 94, 214 n.2, 333, 334, 366, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 2) Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 2) y artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2) Comisión Codificadora, artículo 13 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y 16 Plenaria: mayo 2 y 6, junio 1, 5, 6, 8, 14 y 28 Comisión Codificadora: mayo 31.

³Tribunal Constitucional Español, STC 49/1982, de 14 de julio y STC 144/1988, de 12 de julio.

⁴Corte Constitucional, Sentencia T-230/94, MP. Eduardo Cifuentes.

LEGISLACION

Código Penal, artículo 8
Código Sustantivo del Trabajo, artículo 10
Ley 70 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 82 de 1993
Ley 115 de 1994
Ley 137 de 1994, artículo 14
Ley 146 de 1994
Ley 173 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-008,
T-009, T-015/T-220,
C-221, T-401, T-401,
T-406, T-408, T-412,
T-418, T-426, T-429,
T-441, T-450, T-469,
C-472, C-478, T-491,
T-494, T-499, T-500,
C-511, T-512, T-523,
T-524, T-526, T-532,
T-533, T-534, T-539,
C-546, T-567, T-571,
C-574, C-575, C-587,
C-588, T-598, T-601,
T-606, T-611, T-613.

1993

C-003, C-006, C-016,
C-018, C-021, C-025,
C-027, C-040, T-047,
T-049, C-053, C-054,
T-064, C-070, C-071,
C-074, T-079, C-094,
C-095, T-116, C-127,
T-128, T-159, C-165,
C-171, C-175, C-176,
C-177, T-181, T-186,
T-188, T-198, T-200,
C-207, C-214, T-238,
T-250, T-257, C-260,
T-273, SU-277, T-292,
T-297, C-301, T-307,
C-312, T-328, T-330,
T-349, C-364, T-367.

intervenir la economía en la perspectiva de socavar las diferencias económicas y sociales y de distribuir equitativamente las oportunidades, la cual tiene también sustento constitucional en el artículo 334 CP, y en el artículo 366 CP., que define al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado.

El inciso que coloca en el Estado el deber de promover la igualdad real es una verdadera “cláusula de transformación social”, pues apunta a la formación de una sociedad justa. La función promocional de la justicia social tuvo origen en la conciencia del Constituyente acerca de las grandes diferencias sociales existentes en nuestra sociedad, de los altos niveles de concentración de la riqueza y de la extensión que alcanza la miseria en Colombia. Para 1992 se calculó que el 48% de la población vivía bajo los niveles de pobreza, y el 19% en situación de pobreza absoluta,⁵ índices que aumentaron durante los años siguientes como consecuencia de la adopción de programas neoliberales.

El derecho a la igualdad material está a la base de los derechos económicos, sociales y culturales, que son los instrumentos específicos para satisfacer cada una de las necesidades básicas de las personas. El Estado se encuentra obligado por la Constitución y por el derecho internacional de los derechos humanos a adoptar medidas económicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económi-

cos, sociales y culturales⁶. Es decir, para que la igualdad sea real y efectiva.

8. La realización de la igualdad supone también que los individuos y el Estado se abstengan de realizar conductas discriminatorias, es decir comportamientos que pongan a una persona en condiciones de desventaja por motivos ilegítimos, entre otros el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y las opiniones políticas o filosóficas. Por discriminación puede entenderse también toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que busque reducir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos humanos por personas que están en una cierta condición social⁷.

Las tradiciones humanistas y la evolución histórica hacia la civilización han conducido a que ante la razón y el sentimiento de la dignidad humana, ningún hombre sea superior a otro. En otros términos, el hombre y la mujer; el mestizo, el indígena, el negro y el blanco; el extranjero y el nacional, el burgués y el proletario, el de lengua propia o extraña, el católico y el ateo, el conservador y el comunista, el liberal y el marxista, son iguales y su condición no puede causarle desventaja alguna a ninguno respecto de los demás.

En contraposición a esta norma jurídica se alzan la mentalidad social que excluye y desprecia al que es diferente, la violencia contra la mujer en la familia,⁸ y el racismo de que son

⁵ Ernesto May, *La pobreza en Colombia*. Un estudio del Banco Mundial, Bogotá, TME editores-BM, 1996, págs. 1 y 3.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1.

⁷ Vide Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 373.

⁸ Para un panorama de este problema en Colombia ver: María Cristina Calderón, María

víctimas las minorías negras e indígenas. Esta oprobiosa realidad tiene una de sus más bárbaras expresiones en el exterminio de los opositores políticos, hace unas décadas entre los partidos tradicionales y en la actualidad de ciudadanos de ideas socialistas⁹ o que hacen parte de los movimientos populares. Igualmente censurable es la violencia contra marginados como homosexuales, basureros, delincuentes, prostitutas y niños de la calle, practicadas en las ciudades por grupos de particulares y miembros de la policía, y en algunas regiones por militantes de la guerrilla.

La denominación “violencia contra marginados” resulta más adecuada para definir el fenómeno al que se alude que la acostumbrada “limpieza social”, en sí mismo discriminatoria y ofensiva de la dignidad de las personas. De la misma manera el término “desechable”, que se usa en el habla común para referirse a este grupo de personas, atenta contra el principio de la dignidad humana¹⁰.

En esta norma constitucional la sociedad colombiana se ha comprometido a abandonar las prácticas discriminatorias cotidianas que deben ser motivo de su vergüenza. A la vez, la disposición coloca en el Estado la obligación de abstenerse de ellas, de promover la formación de una conciencia social y una vida cotidiana sin

Yanuzova, et. al., *La violencia y los derechos humanos de la mujer*, Bogotá, Profamilia, 1992.

⁹ Para el análisis de dos casos notorios ver: Defensoría del Pueblo, *Informe sobre el asesinato de miembros de la Unión Patriótica y del movimiento Esperanza, Pazy Libertad*, Bogotá, 1992.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-376/93, MP. José Gregorio Hernández.

discriminaciones, y de desactivar y castigar los grupos que, como los paramilitares, desarrollan campañas de exterminio de sus oponentes políticos y de marginados. A este respecto, el Estado tiene la obligación de prohibir por ley toda apología del odio nacional o racial¹¹.

Según la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 7, los estados se hallan comprometidos a “tomar medidas inmediatas y eficaces en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial”. Por su parte el artículo 3 de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer prescribe la adopción de “todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer.”

9. La concepción de la igualdad se diferencia del igualitarismo. No se puede dar lo mismo a quienes se hallan en diferentes condiciones fácticas. Idénticas consecuencias jurídicas sólo pueden darse entre iguales¹². En consecuencia, para favorecer a los discriminados, a quienes han sido víctimas del marginamiento y a las personas que por su condición económica, física o mental están en circunstancias

T-376, T-380, C-390, T-396, T-399, C-412, T-413, C-415, C-417, T-420, T-424, T-437, T-447, C-456, SU-458, C-467, C-487, C-488, T-491, T-501, T-507, T-510, T-515, C-529, C-530, C-546, T-547, T-550, C-555, C-567, T-596.

1994

T-002, T-007, C-020, C-024, T-029, T-030, T-044, C-058, C-060, C-069, C-089, T-096, T-098, T-100, C-104, C-107, C-131, C-134, C-145, C-146, T-161, C-176, C-177, C-179, C-180, C-200, C-216, T-230, T-258, T-275, T-283, T-291, C-300, C-311, C-313, C-335, T-341, T-345, C-350, C-365, T-378, T-384, C-410, C-415, T-430, T-446, C-474, C-496, T-518, T-523, C-527, C-549, T-553, T-563.

1995

T-007, T-015, T-018, C-029, T-032, C-040, T-048, C-051, C-054, T-059, T-064, T-079, C-086, T-090, T-092, T-100, C-104, C-108, T-113, T-117, T-123, C-126, T-136, T-144, T-147, C-151, T-156, T-165, C-168, T-173, C-180, T-197, C-203, T-207, T-211, T-214, C-225, T-227, T-235, T-239, T-243, C-252, T-256, T-260, C-267, T-270, C-280, T-285, T-288, T-292, T-298, T-304, T-309, T-313, C-317, T-325, C-328, C-330, T-339, C-345, C-351, T-355, T-359, T-364, T-372, T-377, T-384, T-387, T-389, C-394, C-401, C-405, T-409, C-420, C-429, C-430, T-433, T-440, C-444, C-461, T-463, C-469, T-475, T-478,

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 20.2.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-432/92, MP. Simón Rodríguez.

C-480, C-483, T-486,
T-500, SU-509, SU-510,
T-513, T-516, T-526,
T-529, T-543, SU-544,
T-548, C-564, C-566,
T-571, T-579, C-589,
C-591, SU-599, T-603,
T-612, T-617, T-623,
T-624.

1996

C-005, C-007, T-012,
C-016, C-020, C-022,
T-026, C-036, T-043,
C-046, T-052, C-056,
C-058, C-060, C-063,
C-068, C-070, C-079,
C-083, C-093, C-102,
T-104, C-111, T-123,
C-125, T-131A, C-138,
C-139, C-154, C-155,
T-171, C-173, C-175,
T-180, C-188, C-190,
T-203, C-221, T-224,
C-245, T-247, C-251,
C-253, SU-256, C-271,
C-275, C-280, T-290,
T-296, T-299, C-306,
C-309, C-310, C-316,
C-318, T-321, T-323,
C-334, C-337, C-339,
C-358, C-360, C-364,
C-386, C-388, C-389,
C-393, T-401, T-406,
C-409, T-418, T-422,
C-427, C-432, C-435,
C-484, C-488, C-494,
C-512, C-529, C-530,
C-538, C-541, T-549,
C-552, T-556, C-560,
C-562, T-575, C-580,
C-583, C-597, T-607,
C-610, C-613, C-616,
C-627, C-660, C-664,
T-680, C-686, C-691,
T-705, SU-707, C-710.

de debilidad manifiesta, el Estado está en la obligación de crear regímenes de protección especial. De esta manera, con base en criterios legítimos se adopten diferenciaciones positivas en favor de aquellos que se encuentran en desventaja.

En este sentido, el Estado tiene, entre otras, la obligación de desarrollar programas en favor de las personas discapacitadas, es decir, de aquellas que “padezcan una alteración funcional, permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional, laboral y para el disfrute efectivo de sus derechos humanos”¹³. Este no es un problema de individuos aislados sino un problema social, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los países del mundo, al menos un 10% de la población sufre de él¹⁴.

Además de gozar de todos los derechos en un plano de igualdad respecto de los demás, las personas discapacitadas tienen unos derechos específicos, que dan lugar a las obligaciones especiales que el Estado tiene con ellas. Entre lo que cabe exigir del Estado está la promulgación de una normatividad que proscriba y penalice toda discriminación de los discapacitados en aspectos como el trabajo, la educación, los servicios públicos, la formación de sindicatos y el crédito. El Estado debería tam-

bién prever sistemas de rehabilitación y de subsidios.

La sociedad está llamada a desempeñar en esta tarea un papel importante puesto que la rehabilitación integral sólo es posible en medio de la comunidad, como en el caso de la educación de niños especiales¹⁵ y de los discapacitados mentales. El internamiento en instituciones especializadas debe ser el último recurso del que se haga uso. Surge aquí, inclusive desde el punto de vista jurídico, “la obligación de la sociedad de adaptarse al discapacitado”¹⁶.

Con todo, tal “diferenciación positiva” no puede partir de una minusvaloración de aquellos a quienes favorece. Estos, no sólo son titulares de todos los derechos en igualdad de condiciones y deben ser objeto de igual respeto sino que, inclusive en el caso de los enfermos mentales, tienen capacidad de autodeterminación y de goce de la existencia¹⁷.

11. Con el fin de poder determinar si el legislador ha establecido diferenciaciones inadmisibles o si el tratado por las autoridades es discriminatorio, la Corte Constitucional ha construido progresivamente algunos criterios de razonabilidad que pueden dar sustento a las decisiones de constitucionalidad o de tutela en esta materia. Las siguientes condiciones deben concurrir para que la norma o la actuación bajo estudio sean considerados acordes al derecho a la igualdad o constitucionales: a) existencia de una diferencia de supuestos

¹³ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *Los derechos humanos y la incapacidad*. Informe preparado por el relator especial Leandro Despouy, E/CN.4/Sub.2/1991/31, 12 de julio de 1991, pág.25.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-429/92, MP. Ciro Angarita.

¹⁶ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, op. cit., págs. 1, 9, 53 y ss.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-401/92, MP. Eduardo Cifuentes.

de hecho, la cual se establece mediante un cotejo entre dos situaciones a partir de un término de comparación idóneo; b) que la diferencia tenga un fin constitucionalmente válido; c) que los medios se adecúen a los fines, es decir que la diferenciación introducida sea eficaz para el logro de los fines buscados –en este sentido no podría otorgarse ventajas en el ámbito educativo en razón de la observancia del deber de prestar el servicio militar–; d) que la diferenciación sea necesaria, o lo que es lo mismo, que no exista otra medida u opción que afecte de menor manera los derechos involucrados de otras personas; y e) que la consecuencia jurídica derivada de la diferenciación adoptada no sea desproporcionada a los hechos base y a la finalidad buscada¹⁸.

Sobre los fines que puede tener una diferenciación cabe agregar que no pueden ser aquellos que la Constitución identifica como causantes de la discriminación. No obstante, si con base en estos mismos criterios proscritos lo que se persigue es promover a los grupos que en las circunstancias históricas han sido víctimas de la discriminación, ello resulta admisible en determinadas situaciones. Es el caso de la diferenciación de edades que con base en el sexo se establece entre hombres y mujeres para tener acceso a las pensiones. La menor exigencia de edad para las mujeres obraría como una especie de compensación del doble esfuerzo que realizan en el trabajo y en el hogar¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-230/94, M.P. Eduardo Cifuentes y T-435/94, MP. Alejandro Martínez.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-410/94, MP. Carlos Gaviria. Sobre este tema puede verse Eduardo Cifuentes, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Revista *Pensamiento Jurídico*, N°7, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996, pág 53 y ss.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración universal, artículos 1, 2, 7, 10, 16 y 25.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2.1 y 3.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1, 3, 14, 23 y 26.

Declaración Americana, Preámbulo y artículos II y VII.

Convención Americana, artículos 1, 17 y 24.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid.
Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Declaración de los Derechos del Niño, principios 1 y 10.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 23 y 30.
Convenio 100 de la OIT.

Artículo 14

*Toda persona tiene
derecho al reconocimiento
de su personalidad
jurídica.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 85, 93, 120, 214n2, 266, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1
(G.C., N° 83, pág. 5, col. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 19 y mayo 15
Plenaria: junio 5, 14 y 29

LEGISLACION

Código Civil, artículo 74
Ley 33 de 1992
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994

1. En cuanto condición existencial o ética, el hecho de ser humano tiene un ámbito propio que, por las razones que le son inherentes, da lugar a la exaltación y al respeto de los individuos. Pero en cuanto condición existencial o ética el hecho humano no tiene por sí mismo carácter jurídico. Se requiere de un reconocimiento por el derecho —en nuestro caso por la Constitución, el conjunto de los tratados internacionales de derechos humanos y las costumbres que encarnan el estado actual de la civilización—, para que esa realidad adquiera un contenido jurídico. Desde luego, ontología y ética hacen parte de las fuentes principales del derecho e impregnan todos sus contenidos. Además, el reconocimiento general de la personalidad jurídica de todo ser humano es condición necesaria de la existencia de la democracia. Sin tal reconocimiento no hay ni derecho ni Estado democráticos y sólo existe el totalitarismo¹.

2. En virtud de este artículo constitucional todo ser humano tiene derecho a que se le reconozca en el ámbito jurídico como persona. De esta manera la Constitución le da significado jurídico a la condición existencial o ética del ser humano. En consecuencia, todo ser humano, por el solo hecho de existir, tiene derecho a ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento le da capacidad para actuar en la órbita jurídica, haciendo que sus actos tengan relevancia para el derecho, y a la vez, le hace ocupar

el lugar de la razón de ser y fin esencial del orden constitucional.

3. Los términos en que fue redactada esta disposición aconsejan una aclaración que, concordante con lo ya expresado, evite lecturas confusas o distantes del texto constitucional. La norma está oscurecida por el uso del concepto “persona” como sujeto de su enunciado, y por la presencia de la pareja de conceptos “persona - personalidad (jurídica)”. El vocablo “persona” tiene tanto una acepción jurídica como una acepción ética. Definir si aquí se hace referencia a la primera o a la última es decisivo y puede lograrse mediante la comparación del texto constitucional con el artículo 6 de la Declaración Universal que dice: “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”². Desde esta perspectiva, en el texto de este artículo constitucional el concepto de “persona” no es jurídico y tiene una connotación ética. El concepto “personalidad”, calificado por el mismo texto constitucional, hace referencia al atributo que el derecho le reconoce a los seres humanos.

4. Sólo las personas naturales son titulares del derecho constitucional al reconocimiento de su personalidad jurídica, en cuanto tienen acceso a él por el solo hecho de su existencia. No lo son las personas ficticias o jurídicas que sólo tienen un derecho otorgado por la ley siempre que cum-

¹Una lectura de este artículo hecha desde perspectivas iusnaturalistas que aquí no son compartidas puede verse en Carlos Lleras de la Fuente, et. al., *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1992, págs. 104 y 203.

²En estos mismos términos se expresó la Corte Constitucional en su Sentencia T-476/92, MP. Alejandro Martínez: “Es necesario que a los seres humanos se les reconozca la cualidad de personalidad jurídica en su sentido jurídico-político”.

plan determinados requisitos³. No obstante, las personas jurídicas son titulares de la acción de tutela para la protección de los derechos de las personas naturales asociadas en ella, o para la protección de sus propios derechos fundamentales⁴.

5. Por sus múltiples connotaciones semánticas y jurídicas, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica incluye todos aquellos otros aspectos de la personalidad que no fueron objeto de una consagración constitucional específica⁵.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-411,
C-575.

1993

T-081, C-096, T-380,
T-396, C-412, C-504,
C-566.

1994

T-001, C-058, C-088,
C-282, C-300, C-309,
C-310, C-374, T-384,
T-411, C-415, T-572.

1995

T-021, T-090, T-099,
C-106, -133, C-591,
T-617.

1996

T-090, C-098, T-142,
C-188, T-329, C-435,
C-484, C-492, T-705.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 6.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2 y 16.

Declaración Americana, artículo 17.

Convención Americana, artículos 3 y 27.2.

³Corte Constitucional, sentencia T-476/92, M.P. Alejandro Martínez. A esta conclusión llegó la Corte luego de acudir como criterio de interpretación a los tratados de derechos humanos, que colocan como titulares de este derecho sólo a los seres humanos.

⁴Corte Constitucional, Sentencia T-411/92, M.P. Alejandro Martínez, entre otras sentencias.

⁵Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis - Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, 1992, pág. 109.

Artículo 15

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 20, 21, 28, 42, 85, 86, 93, 214n2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 38

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículos 5 y 6 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 3)
Primer Debate, artículo 4 y 5 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 14 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 19, 22 y 23
Plenaria: junio 5, 6, 14 y 28

LEGISLACION

Código Penal, artículos 313 y 314
Ley 37 de 1994, artículos 5 y 38
Ley 146 de 1994.

1. La intimidad es el ámbito de la vida de las personas cuyo desenvolvimiento requiere de la exclusión del conocimiento y la interferencia de otras que de manera ordinaria no la comparten. Inclusive las personas tienen derecho a reclamar de sus allegados, tanto en la esfera familiar como en la empresa o la escuela, instantes de soledad o la reserva de sus actos o de asuntos como la correspondencia¹. La vida íntima es condición necesaria del desarrollo libre de la personalidad y su intangibilidad es garantía del respeto de la dignidad de las personas². Se trata de un espacio de ejercicio de la libertad que está fuera del alcance de las demás personas y de los poderes del Estado, el cual tiene respecto de él un deber de abstención y de garantía. Tampoco el derecho puede dictar reglas que orienten su desarrollo, pues es el individuo el que se conduce en esta esfera según su libre albedrío y sus instintos. El derecho sólo interviene para establecer los límites de salvaguarda de la vida privada y la forma en que, de manera legítima y en muy excepcionales circunstancias, pueden ser interferidos, así como para prescribir la forma en que puede ser restablecido en caso de su violación.

2. El derecho a la intimidad tiene dos dimensiones: el secreto y la autonomía. Por ello, los individuos tienen derecho a que las personas y el Estado no conozcan los hechos de su vida privada, ni la invadan afectando su tranquilidad o su libertad para desenvolverse en este ámbito de su exis-

tencia³. Las relaciones de carácter privado, ya sean familiares, de amistad, amorosas o sexuales,⁴ los asuntos de salud y de la economía familiar⁵ y el disponer sobre el propio cuerpo,⁶ son algunos de los aspectos principales de la intimidad que tienen reserva jurídica en virtud de este derecho.

3. Con la incorporación del derecho al buen nombre en el contexto del artículo dedicado al derecho a la intimidad no se incurrió, como afirman algunos⁷ en la duplicación innecesaria del derecho a la honra al que hace referencia el artículo 21. Por el contrario, se trata de una norma que garantiza el respeto de aspectos especiales de la buena fama que no se deducen por lo común del concepto de la honra, o no están comprendidos en él. El régimen de protección de la honra obra enfrente de toda acusación de inmoralidad o de actuación ilegal que se intente contra una persona y que no cuente con la prueba de su veracidad. A diferencia de éste, el artículo 15 establece un canon especial de protección del buen nombre en relación con la vida íntima de las personas, que opera frente a la divulgación de informaciones que sean verdaderas.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-222/92 y T-414/92, con ponencia en ambos casos del Magistrado Ciro Angarita.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-424/92, MP. Fabio Morón.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁶ Sobre la intimidad corporal puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 37/1989, de 15 de febrero.

⁷ Carlos Lleras de la Fuente, et. al., op. cit., pág. 112.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP. José Gregorio Hernández.

² Corte Constitucional, Sentencia T-011/92, MP. Alejandro Martínez.

En la actualidad los medios de comunicación tienen tras de sí verdaderas estructuras de poder que le dan una amplia capacidad de influencia en la vida nacional. Tal circunstancia los coloca en una posición de potencial abuso del poder informativo, que puede dar lugar a la invasión de la esfera de la vida íntima y frente al cual las personas quedan en estado de indefensión. Así, en las relaciones entre el individuo y la sociedad, el derecho a la intimidad obra como un criterio de racionalización de la labor de los medios de comunicación y como límite que protege las libertades. La vida íntima sólo puede ser divulgada con el consentimiento de la persona. En consecuencia la vida privada está por encima del derecho a la información de acuerdo con el principio de la garantía de la dignidad humana que orienta la Carta de 1991.

Sin embargo, de manera estrictamente excepcional puede considerarse que asuntos de la vida privada sean de interés público. Ello puede ocurrir cuando resulten afectados los intereses generales, lo cual no se da por la existencia de la simple curiosidad por conocer al detalle la vida de los famosos o de los hombres públicos. Si persiste de manera insalvable un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, prevalece la salvaguarda de la vida privada⁸.

4. Para proteger el derecho al buen nombre puede hacerse uso de la ac-

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-414/92, MP. Ciro Angarita y T-611/92, MP. José Gregorio Hernández. En el mismo sentido puede verse María Teresa Herrán, *Tutela, periodismo y medios de comunicación*, Bogotá, Tercer Mundo-Fescol, 1993, págs. 90 y 91.

ción de tutela contra particulares, por cuanto las personas se encuentran frente a los medios de comunicación en estado de indefensión. En caso de que proceda, el juez prohíbe al medio hacer publicación alguna de la información que toque con la intimidad del afectado. No cabe acudir en estos casos al *habeas data* puesto que éste sólo obra respecto a la circulación de información en bases de datos⁹. La protección del buen nombre encuentra también desarrollo en el Código Penal (artículo 317 literal b) que castiga la divulgación de hechos de la vida sexual o familiar, inclusive si se trata de revelaciones fundadas.

5. En relación con las personas jurídicas, el derecho al buen nombre da lugar a la garantía del "good will". Respecto a las personas naturales, el derecho al buen nombre también da origen a la garantía de su prestigio profesional o su idoneidad laboral¹⁰. El buen nombre contiene también de manera tácita el derecho a la propia imagen, que puede resultar ofendida o explotada económicamente sin previo consentimiento¹¹.

6. El Constituyente introdujo aquí un nuevo derecho: el *habeas data* o derecho a la exhibición de la información, o a la autodeterminación informativa. Las personas tienen derecho a conocer la información que se

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP. José Gregorio Hernández.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-470/92, MP. Simón Rodríguez.

¹¹ En este sentido Carlos Lleras de la Fuente, et al., op. cit., pág. 107. El derecho a la propia imagen existe en el derecho europeo, como es el caso del artículo 18.1 de la Constitución Española.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-009, T-222, T-223, T-403, T-411, T-414, T-421, T-429, T-439, T-440, T-441, T-486, T-512, T-525, T-530, T-547, T-577, T-601, T-611.

1993

T-008, T-022, C-033, C-040, T-047, T-063, C-127, T-145, T-172, T-179, T-213, T-296, T-332, T-340, T-349, T-359, T-367, T-381, T-396, T-413, T-440, C-466, SU-528, C-529, T-578, T-599.

1994

T-015, C-024, C-038, C-060, C-063, C-069, T-085, T-097, C-134, T-144, C-179, T-210, T-219, T-228, T-233, T-275, T-293, C-300, T-331, C-407, T-420, C-425, T-438, T-443, T-449, T-465, T-500, T-501, T-504, T-539, T-551, T-579, C-562, T-580.

1995

T-012, T-015, T-022, T-032, T-034, C-053, SU-056, T-074, SU-082, SU-089, T-095, T-096A, T-097, T-099, C-106, T-119, T-138, T-176, T-189A, T-199, T-261, T-300, T-335, SU-342, SU-356, T-360, T-404, T-411, T-454, C-459, C-489, T-552, T-578A, T-579, C-586, T-615, T-622.

1996

T-028, C-028, T-041, C-072, T-086, C-098, T-108, C-113, T-146, T-151, C-264, C-280, T-296, T-322, T-323, T-404, C-626, C-683, T-696.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 12.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.
Declaración Americana, artículo 5.
Convención Americana, artículos 11.2 y 3.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16.

tiene de ellas, a actualizarla si se ha modificado con el paso del tiempo y a corregirla si no corresponde a la verdad. En relación con la información que ha dejado de ser cierta existe un derecho al olvido. La información sobre la que opera esta garantía puede hacer parte de bancos de datos o de archivos de entidades privadas o públicas, entre ellas las entidades financieras y los organismos de seguridad¹².

7. Ha dicho la Corte Constitucional que los individuos tienen derechos sobre el uso de los datos que sean elementos de su identidad o lo que es lo mismo, que constituyan su perfil de datos o persona virtual. El individuo es así protegido frente a la creciente informatización de los poderes económicos particulares y del Estado, y es fundamento que sirve a la democratización del poder informativo y a la lucha contra los peligros del control social que de él se derivan. En casos irresolubles, la intimidad prima sobre el derecho a la información - que está a la base de la recolección de datos a través de la tecnología informática - como consecuencia de la consagración de la dignidad humana como principio rector del nuevo orden constitucional¹³.

8. El conocimiento de la intimidad de las personas y la acumulación de información por parte del Estado acerca del diario transcurrir de la vida de los miembros de la sociedad están sometidos a las restricciones aquí establecidas. Las investigaciones que

realizan las autoridades judiciales y la vigilancia por parte de los organismos de seguridad tienen cada una, según la naturaleza de sus funciones, un régimen de procedimientos y límites que deben ser respetados. La magnitud de las facultades legítimas del Estado para investigar y vigilar tienen como supuesto el carácter de las relaciones establecidas entre la sociedad y el Estado. En el Estado totalitario, la sociedad es absorbida por éste y las autoridades tienen poderes absolutos para invadir la privacidad y conocer todo acerca de la vida de los individuos. En "La insoportable levedad del ser" Milan Kundera señala como uno de los rasgos característicos de los campos de concentración la inexistencia de la vida privada.

En un orden constitucional democrático como el que establece la Carta del 91, existe un ámbito de libertades de las cuales es titular cada uno de los miembros de la sociedad y el Estado obra como un instrumento al servicio de los derechos de las personas y de la sociedad. En consecuencia las personas tienen derecho al disfrute de la libertad en un máximo de espacio vital, y a que el Estado sólo conozca de ellas lo mínimo necesario para mantener la convivencia¹⁴.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-525/92, MP. Ciro Angarita.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-414/92, MP. Ciro Angarita.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-444/92, MP. Alejandro Martínez.

Artículo 16

*Todas las personas tienen
derecho al libre desarrollo
de su personalidad sin más
limitaciones que las que
imponen los derechos de
los demás y el orden
jurídico.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 44, 68, 70, 85, 86, 93, 95 n. 1, 214 n. 2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 3)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 15 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y 22
Plenaria: junio 5, 6, 19 y 28

LEGISLACION

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-009,
T-222, T-402, T-408,
T-411, T-426, T-429,
T-439, T-440, T-475,
T-499, T-519, T-522,
T-523, T-524, T-526,
T-531, T-534, T-540,
T-542, T-554, C-564,
C-588, T-604, T-612.

1993

1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende dos facultades: la posibilidad del individuo de conducirse a sí mismo según su propio criterio, o lo que es lo mismo, a actuar según lo que para él es la mejor manera de vivir –de ahí que se le llame también a este derecho “a la autonomía personal”–. En virtud de la segunda facultad los individuos pueden desarrollar su carácter, los elementos de su identidad y sus instintos –personalidad hace referencia aquí al conjunto de rasgos psicológicos que constituyen al ser humano–¹.

2. Esta norma establece el ámbito jurídico de constitución del individuo, sujeto en quien residen los derechos humanos y sujeto de la vida política en la Modernidad. La superación de la homogeneización cultural de la sociedad de masas, en la que los medios de comunicación y el consumismo hacen uniformes a las personas, requiere del desarrollo de procesos de individualización. Lo mismo exige la Constitución de una cultura política tendiente a que los ciudadanos participen según su propio criterio y no se dejen llevar por motivos vanos o por las razones propias del rebaño: el principio de autoridad o un líder que decide sustituyendo a todos. Sólo un profundo y generalizado proceso de individualización, es decir, de formación de la identidad de los individuos,

¹De manera similar se expresó el constituyente Juan Carlos Esguerra: “(...) la personalidad no la determinamos nosotros. La personalidad la determina, entre otros, una serie de factores genéticos, fuera de una serie de factores culturales y sociales que ciertamente escapan a nuestro libre albedrío.” Presidencia de la República-CIS, Transcripción de los debates de la ANC, Comisión Primera, 22 de abril de 1991.

permite que las decisiones fundamentales en una democracia sean tomadas por una mayoría constituida por cada uno de los ciudadanos y no por una masa informe.

3. El libre desarrollo de la personalidad, como todos los derechos, rige de manera plena en los términos en que ha sido consagrado por la Constitución. Sin embargo, en cuanto libertad, deja de ser tal si su ejercicio conduce al desconocimiento de los derechos constitucionales de los demás². Es este uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, la condición necesaria de la convivencia. “El respeto al derecho ajeno es la paz”, sentenció Benito Suárez. Cuando el pueblo colombiano decidió constituirse jurídicamente en una sociedad democrática a través de la Carta de 1991, cada uno obtuvo la garantía de las libertades. A cambio cada uno se comprometió a respetar las libertades de los otros, es decir, se obligó a no desconocer los límites que fija la Constitución entre los derechos de todos.

No obstante, el libre desarrollo de la personalidad y todos los derechos consagrados por la Constitución, al quedar sometidos a los límites establecidos por el “orden jurídico”, no quedan subordinados a las restricciones que imponga la ley. Cuando la Constitución somete al libre desarrollo de la personalidad a los límites que imponga el “orden jurídico” no está entendiendo a éste como un concepto omnicompreensivo. Si así lo hiciera, la Constitución dejaría de ser norma de normas, pues quedaría subordinada

²Corte Constitucional, Sentencia T-011/92, MP. Alejandro Martínez

da a las leyes, los decretos o a cualquiera otra de las normas jurídicas de menor jerarquía³. Cuando se refiere a “orden jurídico” el artículo 16 hace referencia a las normas de rango constitucional que signifiquen una limitación legítima de los derechos. Lo dicho no excluye que la ley regule la forma y los requisitos para el ejercicio de los derechos, desde luego siempre dentro de los márgenes establecidos por las disposiciones constitucionales.

4. En principio, la personalidad tiene en el ámbito individual el espacio de su libre desarrollo. No obstante, ello le es insuficiente. Una existencia aislada y reducida a la soledad, el ensimismamiento y al monólogo no permite el pleno desarrollo de las personas. Colocar al individuo como centro de la vida en el capitalismo ha conducido a su degeneración en el individualismo, con las secuelas del abandono de la solidaridad y la explotación de los otros⁴. De ahí la necesidad de concebir a la individualidad como una esfera necesaria y autónoma de la personalidad, pero también de ver a ésta como una condición precaria y potencialmente distorsionadora. Las relaciones con los demás, comenzando por la pareja, pasando por la familia y la vida en sociedad, son imprescindibles para que las personas puedan realizar todas sus potencialidades. Sólo en la comunidad el individuo puede realizar en libertad y plenitud su personalidad⁵.

³ En este sentido se manifestaron los constituyentes Alvaro Leyva Durán y Juan Carlos Esguerra, citados por Manuel José Cepeda, op. cit., págs. 144 y 146.

⁴ Vide Manuel José Cepeda, op. cit., pág. 143.

⁵ Declaración universal, artículo 29.1.

El nuevo orden constitucional garantiza tanto la esfera de la vida individual como la vida en comunidad. En la existencia independiente de cada uno de estos ámbitos, como en sus relaciones de confluencia y tensión, se funda la realización de la humanidad de las personas.

C-003, C-004, C-005, C-016, C-020, C-033, C-071, C-094, T-118, T-123, T-135, C-176, T-210, T-240, T-269, T-273, T-308, T-338, T-358, C-467, T-413, T-472, T-495, T-594.

1994

C-023, C-058, C-069, C-134, T-178, T-217, C-221, C-223, T-233, C-282, T-341, C-371, T-401, T-411, C-415, C-423, C-497A, T-498, T-539, C-558.

1995

T-005, T-012, T-015, T-032, T-095, T-209, T-271, T-287, T-308, C-344, T-357, T-363, C-420, T-428, T-454, C-459, T-476, T-477, SU-509, SU-510, C-586, T-597, T-607, T-624.

1996

T-062, T-076, T-090, C-098, T-104, C-113, T-182, C-188, T-248, C-261, C-280, C-284, T-296, C-309, T-322, C-339, T-407, T-418, T-463, C-544, T-590, C-619, C-625, C-660, C-663, T-705, SU-707.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 29.1.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 13.1.

Declaración de los Derechos del Niño, principios 2, 6 y 9.

Convención de los Derechos del Niño, artículo 29.a y c.

Artículo 17

*Se prohíben la esclavitud,
la servidumbre y la trata
de seres humanos en todas
sus formas.*

CONCORDANCIAS:

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 44, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 22

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión Codificadora,
artículo 16 (G.C., N° 113,
pág. 2)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 6 y 28

LEGISLACION

Ley 76 de 1993
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994
Ley 171 de 1994
Ley 173 de 1994

1. La Constitución prohíbe la práctica de conductas que como la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos, afectan de manera especialmente grave la libertad y la igualdad entre los hombres, inclusive hasta pasar por encima de su dignidad, haciéndoles perder materialmente su condición humana y convirtiéndolos en objetos. Esclavitud y servidumbre no caracterizan las relaciones de producción en el mundo contemporáneo, pero sí son un fenómeno residual insospechado producto de la supervivencia de fenómenos premodernos¹.

2. El esclavo es una persona que es propiedad de otra y por ello carece de libertad y no recibe remuneración alguna a cambio de su trabajo. La servidumbre es "la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a éste, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar de condición"². Esclavitud y servidumbre son dos prácticas similares que es necesario diferenciar en la búsqueda de la extensión de su proscripción al mayor campo posible de fenómenos similares. Si entendiéramos servidumbre como

esclavitud estaríamos dejando sin protección a personas que no están en condiciones tan difíciles como las de la esclavitud, pero que viven sometidas a condiciones viles como la servidumbre por deudas, y el servicio doméstico y el peonazgo en determinadas circunstancias³. Son prácticas análogas a la esclavitud la entrega de mujeres en matrimonio por un precio y la entrega de menores con el propósito de explotar su trabajo.

3. La trata es un comercio degradado por su objeto de intercambio: seres humanos destinados a la prostitución, de la cual otros perciben una ganancia. Un fenómeno actual de trata de seres humanos es el comercio de niños a partir de su adopción ilegal. Las Naciones Unidas hacen esfuerzos para atacar distintas prácticas que considera formas de esclavitud, entre ellas el turismo sexual, el tráfico ilegal de órganos humanos, el uso de niños en la pornografía, la venta de niños y el trato desconsiderado a los trabajadores migrantes que niega su dignidad humana. Frente a ello es necesaria la confluencia de políticas y de legislaciones penales transnacionales⁴.

4. Aunque no fue expresamente consagrada la prohibición de la práctica análoga del trabajo forzoso, ésta ha sido adoptada por la Constitución en virtud del artículo 93, sobre la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno, y del artículo 53, que incorpora a la legislación colombiana los convenios internacionales del trabajo. Trabajo forzoso es "todo trabajo

¹ Es el caso de la existencia en la India de 10.000 niñas "devadasi" o esclavas o sirvientas de dios, las cuales en la primera infancia son dedicadas al servicio de una diosa, luego de lo cual es vendida en pública subasta su desfloración y tienen que ofrecer sus servicios sexuales a "todo el que llame a la puerta". Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe del grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de la esclavitud*, E/CN.4/Sub.2/1995/28, 13 de junio de 1995, párr. 48.

² Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, artículo 1.b.

³ Manuel José Cepeda, op. cit., pág. 157.

⁴ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, op. cit.

o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.” Los Estados miembros de la OIT, entre ellos Colombia, están obligados a suprimirlo⁵.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-014, T-407,
T-446.

1993

T-338, T-479, C-504,
T-561, C-565.

1994

T-144, T-218, T-342,
C-356, C-425, T-498,
C-562.

1995

C-106, C-225, T-292,
T-579.

1996

T-146, C-190.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 4.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2. y 8.3.a.
Convención Americana, artículos 6.1. y 27.2.

Convención contra la Esclavitud.

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud.

Declaración de los Derechos del Niño, principio 9.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 32.

Convenio 29 de la OIT sobre trabajo forzoso.

Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 4.2.f.

⁵ Convenio 29 de la OIT, artículos 1.1 y 2.1

Artículo 18

*Se garantiza la libertad de
conciencia. Nadie será
molestado por razón de sus
convicciones o creencias
ni compelido a revelarlas
ni obligado a actuar
contra su conciencia.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 15, 16, 19, 20, 27, 40, 41, 42, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 53

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 7 (G.C., N°83, pág. 3, col.3)
Primer Debate, artículo 8 (G.C., N° 109, pág. 3, col.2)
Comisión Codificadora, artículo 17 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 23, 24 y 25
Plenaria: junio 5, 14, 28 y 29

LEGISLACION

Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 171 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-009, T-015/T-220, T-403, T-409, T-418, T-421, T-429, T-439, T-469, T-488, T-489.

1. La libertad de conciencia es el derecho a tener en nuestro fuero íntimo cualquier idea o creencia en todo respecto, se trate de cuestiones políticas, religiosas o de la visión filosófica del mundo y de la vida. La conciencia no puede ser invadida por los otros ni por las autoridades. La libertad de conciencia no se refiere sólo a la protección de la diversidad posible de los contenidos de la conciencia, sino también de la libertad de ejercicio de las diversas clases de las racionalidades: la razón lógica, lo irracional, la fe o el pensamiento chamánico o mágico¹.

2. La libertad de conciencia está en el origen de la democracia contemporánea construida en la lucha por el respeto de las creencias religiosas y el libre pensamiento. La separación moderna entre la sociedad y el Estado, y entre el Estado y la Iglesia, parte del reconocimiento de la imposibilidad de invadir el fuero íntimo de las personas, tal como se derivaba del poder escrutador de las conciencias que ejercían la iglesia y las autoridades absolutistas, feudales o coloniales, hasta el sometimiento de las "almas".

El respeto de las ideas de los demás es la condición necesaria de la tolerancia, y con ella del pluralismo y del debate político en una democracia. El esfuerzo por el diálogo entre formas de pensamiento diferentes es requisito del respeto de la diversidad cultural y posibilidad de crecimiento y humanización de las personas.

3. En una democracia el ámbito de la conciencia no admite la menor

intromisión. Por motivo de sus convicciones las personas no pueden ser ni siquiera molestadas. Quedan así proscritas prácticas como los interrogatorios judiciales que, por su intensidad o por recurrir al uso de sustancias psicoactivas, afecten o manipulen la facultad de la conciencia². Son también prohibidas las "operaciones psicológicas" y los "lavados de cerebro" que con frecuencia se derivan de procedimientos practicados por organismos de seguridad y también de la publicidad subliminal.

4. Las personas tienen derecho a no revelar sus concepciones, lo que es de especial importancia cuando se trata de conjurar la común exigencia de hacer pública la filiación política en el momento de acceder a los cargos públicos.

5. En virtud de la norma constitucional comentada no se puede obligar a una persona a actuar contra su conciencia. La Constituyente no consagró de manera expresa la objeción de conciencia al servicio militar, pero estableció aquí una disposición general que da lugar a su existencia en el orden constitucional colombiano. No lo ha entendido así la Corte Constitucional que, colocando los deberes de las personas por encima de sus derechos, ha negado su presencia en el orden jurídico colombiano³.

6. En la misma sentencia la Corte Constitucional dijo que los funcionarios públicos, inclusive los militares, tienen derecho de no actuar contra su conciencia y por tanto a no obedecer

² Manuel José Cepeda, op. cit., pág. 167.

³ Entre otros pronunciamientos puede verse Corte Constitucional, Sentencia T-409/92, MP. José Gregorio Hernández.

cer una orden que, como la de torturar, asesinar o desaparecer, constituyen una grave violación de los derechos humanos. Los miembros de la fuerza pública tienen también el deber de no obedecer la orden de desaparecer a una persona⁴.

7. La nueva Constitución representó un avance importante en esta materia respecto a lo que disponía la Carta de 1886. De una concepción teológica del Estado que ponía a dios como fuente de autoridad; de la adopción de una religión oficial que permitió la consagración del Estado al Sagrado Corazón de Jesús; de los privilegios de la religión católica en el sistema educativo, hemos pasado a la declaración del Preámbulo que sólo invoca la protección de dios, a la tolerancia de diversas iglesias en igualdad de condiciones y a una educación no confesional que garantiza el derecho a no recibir educación religiosa.

1993

C-003, C-027, C-033,
T-123, C-127, C-150,
C-344, C-456, C-535,
T-547, T-594.

1994

C-060, C-088, C-107,
C-133, C-134, C-213,
T-342, C-350, C-365,
C-377, C-427, T-465,
C-511, T-539, C-555,
T-573.

1995

T-003, T-200, T-300,
C-578.

1996

T-104, T-677.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 8.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2. y 18.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.3.

Convención Americana, artículos 12 y 27.2.

Convención de los Derechos del Niño, artículo 14.

⁴ Declaración sobre la Desaparición Forzada de Personas, artículo 6.

Artículo 19

Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.

Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 18, 42, 68, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 53

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 4, col.1)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 4, col.1)
Comisión Codificadora, artículo 18 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 24, 25 y mayo 15.
Plenaria: junio 5, 14 y 28

LEGISLACION

Ley 65 de 1993, artículo 152
Ley 133 de 1994
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994
Ley 171 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-009, T-403,
T-409, T-421, T-429,
T-527, T-605.

1993

C-027, C-127, T-257,
T-396, T-430, C-456,
C-535, T-539A, T-547,
C-566, C-567, C-568.

1. La libertad y la tolerancia religiosas estuvieron en el origen del Estado moderno. Frente a las guerras de religión que azotaron por siglos a Europa, las constituciones demoliberales protegieron la profesión de los cultos, estableciendo límites a la actuación del Estado y de los demás miembros de la sociedad. En este contexto las personas tienen autonomía jurídica para vivir los sentimientos y las creencias religiosas, cualesquiera que sean, sin que puedan ser objeto de interferencia o coacción alguna.

2. De este derecho hacen parte tanto la libertad de tener una determinada conciencia religiosa, la práctica de los ritos, así como la posibilidad de darla a conocer a otras personas. El culto y la divulgación de las creencias religiosas se encuentran limitados por los demás derechos, entre ellos la intimidad y la libertad de conciencia y pensamiento. El derecho a adoptar creencias religiosas que no se fundamenten en la idea de dios o a no profesar religión alguna también se derivan de la libertad de cultos¹.

Entre los derechos de las personas que contempla la Ley estatutaria sobre libertad religiosa, se encuentran el derecho de las personas a recibir

¹Habiendo el Congreso contemplado en la Ley estatutaria sobre libertad religiosa a aquellos cultos basados en el diablo o en el principio del mal, y a la magia dentro de las prácticas protegidas por la Constitución, la Corte Constitucional consideró que estas prácticas, sin ser prohibidas, no eran religiosas y por lo tanto no estaban dentro del ámbito de aplicación de esta ley. Por lo tanto debían someterse al régimen general predicable de las asociaciones y desarrollarse siempre dentro del respeto estricto de los derechos constitucionales. Corte Constitucional, Sentencia C-088/94, MP. Fabio Morón. Existe salvamento y aclaración de voto.

asistencia religiosa en hospitales, cuarteles y lugares de detención, a no impedírseles acceder al trabajo por motivos religiosos, a recibir sepultura digna según las costumbres funerarias de la religión del difunto y a elegir para sí, o los padres para los menores, una determinada educación religiosa. En concordancia con ello ha dicho la Corte Constitucional que las instituciones educativas deben tener una posición neutral respecto a la formación religiosa de los estudiantes, en desarrollo de la cual aquellas deben preguntar al educando o a sus padres si desean que se le imparta la asignatura de religión².

La ley estatutaria sobre libertad religiosa contempla también en su artículo 7 entre los derechos de las iglesias y confesiones religiosas los de establecer lugares de culto, conferir órdenes religiosas, definir su propia jerarquía y designar sus ministros.

3. En el nuevo orden constitucional no sólo se toleran los diferentes credos religiosos sino que se considera a su práctica un derecho, por lo cual las autoridades están en la obligación de protegerlos³. En este sentido, la vigencia del nuevo orden constitucional tiene entre sus fines generales la garantía de un ámbito de espiritualidad para las personas que vean en ello una posibilidad de realización humana⁴.

²Corte Constitucional, Sentencia T-421/92, MP. Alejandro Martínez.

³Corte Constitucional, Sentencia C-350/95, MP. Alejandro Martínez.

⁴"La consagración de los derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad". Corte Constitucional, Sentencia T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes.

4. En desarrollo de estos postulados, la Constitución estableció también la igualdad entre los distintos cultos e iglesias. De esta manera se evolucionó desde el Estado confesional que estableció la Constitución de 1886 y que refrendara el Plebiscito de 1957, hacia un Estado laico, separando la iglesia del Estado, en concordancia con el Preámbulo de la nueva Constitución, que ya no considera a Dios como fuente suprema de toda autoridad, sino que apenas invoca su protección. Así, el poder dejó de tener un origen religioso y a la vez, una confesión religiosa en especial, la católica, dejó de ser la religión oficial y de estar por encima de los poderes laicos y de las otras religiones. Con base en ello la Corte Constitucional declaró inexecutable la consagración de la Nación al Sagrado Corazón de Jesús, manifestación que sólo era posible en el marco de la vieja Constitución⁵. Tal decisión no puede entenderse como un ataque a la fe católica o como un desconocimiento de los derechos de sus fieles. Se trata simplemente de colocar a esta iglesia en un plano de igualdad en relación con otras iglesias y confesiones que existen en el país, en reconocimiento de los derechos de las personas que profesan otras religiones o que no tienen ninguna, y en desarrollo de las normas constitucionales según las cuales el colombiano es un Estado laico y pluralista.

La libertad y la igualdad de cultos significan también un avance en el ámbito de la historia y la cultura política colombianas. Todavía a mediados de siglo la violencia política estuvo relacionada con la intoleran-

cia religiosa y se entendía que el liberalismo era pecado. No fueron pocos los sermones que alentaron la violencia, haciendo que a los liberales se les persiguiera no sólo por sus ideas políticas, sino también en razón de su supuesta o real irreligiosidad, su cercanía a la masonería o simplemente por sus críticas a las jerarquías de la Iglesia. Recurrentes también han sido los prejuicios y los actos de discriminación y violencia contra las iglesias cristianas no católicas.

5. Entre nosotros la tolerancia religiosa ha avanzado y requiere de su consolidación en esta época en que la espiritualidad y la religiosidad se extienden como alternativas a la crisis de la vida en la época actual, debida al nihilismo y a sus excesivos racionalismo y materialismo. Resurgen también los dogmatismos y los fundamentalismos religiosos que, considerando la suya como la única fe verdadera, toman para sí la atribución de imponérsela a los demás y por ello atentan contra la vida y los demás derechos de los otros miembros de la sociedad. Contra estos fenómenos atávicos de craso autoritarismo reacciona también la nueva carta de derechos inspirada en la libertad y la tolerancia.

1994

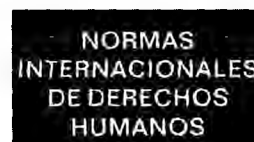
C-088, C-107, C-133, C-134, T-162, T-210, C-224, C-265, T-342, C-350, T-411, T-439, T-465, T-510, C-555.

1995

T-003, C-106, T-133, T-200, C-225, T-296, T-300, T-363, C-445, T-454, T-474, T-517, T-519, T-526, T-609.

1996

T-104, C-491, T-677.



Declaración Universal, artículo 18.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.2. y 18.

Declaración Americana, artículo III.

Convención Americana, artículo 12.

Convención de los Derechos del Niño, artículo 14.

Convenios de Ginebra, artículo 3 común.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 15.5, 53 y 75.1.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 4.1.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-350/94, MP. Alejandro Martínez.

Artículo 20

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

1. La libertad de expresión es condición indispensable de la realización de los individuos y de la democratización de la vida política. El desarrollo de la personalidad no es posible o puede resultar truncado de presentarse la represión o la inhibición. La expresión de lo que habita en cada uno es de naturaleza múltiple. Las variadas manifestaciones de lo humano gozan de protección jurídica a lo largo de la carta de derechos, como en el caso de la libertad de cultos respecto a la espiritualidad (artículo 19 CP.), o de la libertad artística respecto a la belleza o lo sublime, la angustia o el vacío de la expresión estética (artículo 71 CP.), etcétera. Sin perder de vista la amplitud de los actos humanos que pueden tener status de derecho constitucional con base en la libertad de expresión, puede entenderse que ésta hace referencia sobre todo a la facultad de comunicar a otros ideas e informaciones.

2. La libertad de expresión desempeña un rol capital en la vida política, pues es la vía democrática para la búsqueda del cambio social y con él, de la justicia. A través de ella es posible la democratización de la sociedad civil, es decir, la apropiación por los ciudadanos de los derechos humanos, como norma jurídica y ética de su vida cotidiana y como contenido de su ideal de sociedad. El ejercicio público de la razón es la vía adecuada hacia la ilustración de la sociedad, pues este proceso sólo puede darse como ejercicio libre y colectivo, a través del diálogo y el debate¹.

¹Cfr. Kant, "¿Qué es la ilustración?", en *Magazín Dominical, El Espectador*, No. 78, 23 de septiembre de 1984.

A su vez, la libertad de expresión es condición necesaria de la existencia del pluralismo ideológico, de la vigencia de los derechos políticos, y de la legitimidad de las decisiones públicas que en una sociedad democrática deben ser tomadas por mayoría.

3. La denuncia y la crítica de las actuaciones del Estado son los medios a través de los cuales los ciudadanos y las organizaciones sociales pueden ejercer el control sobre las actuaciones del Estado y plantear derroteros legítimos para su acción. En este ámbito, la libertad de expresión no es sólo un derecho individual, sino también condición de la existencia y libre desenvolvimiento de la opinión pública². Los instrumentos básicos de democratización política y cultural de la Modernidad, como son la educación y los medios de comunicación, tienen en la libertad de pensamiento su fundamento.

4. En la época actual los medios de comunicación social son instrumentos indispensables para el pleno desarrollo de la libertad de expresión, debido a que sólo a través de ellos es posible la divulgación de las ideas a toda la comunidad. De aquí nace una forma evolucionada de la libertad de expresión, el derecho a informar y a ser informado. Como una conquista de las luchas contra el absolutismo monárquico y en general contra todos los autoritarismos, el derecho a informar crea en el Estado la obligación de abstenerse de interferir las actividades de los medios de comunicación. La prohibición de la censura implica que el Estado no puede so-

²Corte Constitucional, Sentencia T-403/92, MP. Eduardo Cifuentes.

meter la información a restricciones previas a su divulgación, sino solamente al establecimiento de responsabilidades posteriores. Por lo mismo tampoco puede el Estado impedir la circulación de periódicos e impresos, suspender la emisión de programas o clausurar empresas informativas³.

La Ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994, artículos 27 y 38 literal c) faculta al Presidente de la República para que, en uso de los poderes derivados de la declaratoria de la guerra exterior y de la conmoción interior, establezca restricciones a los medios y establezca sanciones, que podrían inclusive ser penales. Esta facultad abre espacio para que gobiernos arbitrarios creen delitos de opinión y den lugar a la existencia de presos de conciencia en Colombia. Con todo, la atribución prevista por la ley estatutaria debe ser interpretada restrictivamente a la hora de la definición de las conductas sancionables. La misma ley (artículo 27 literal c) prohíbe la creación de juntas de censura previa. Por su parte la Corte Constitucional declaró inaplicable el aparte del artículo 38 literal c numeral 3 que impedía que “personas al margen de la ley” hicieran públicas sus denuncias sobre violación de los derechos humanos, pues entendió que la libertad de expresión, en especial cuando es vehículo de la comunicación de atentados contra la dignidad humana, es un derecho de todas las personas, inclusive de los delincuentes⁴.

³ En este sentido el Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, Gaceta Constitucional, No. 130, pág. 19.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-179/94, MP. Carlos Gaviria

5. Junto al derecho a informar, cuya titularidad reside en los medios de comunicación, está el derecho de los ciudadanos y la opinión pública a ser informados. Se trata del derecho a recibir oportunamente la información y a que no se le oculte, como también a exigir que las noticias tengan ciertas calidades. De una parte, la información ha de ser veraz, es decir, acercarse a la verdad en la medida de la capacidad profesional de los periodistas. De otra parte, ha de ser imparcial. Ello no excluye la divulgación de la información que concuerde con el parecer o los intereses de cada medio en particular, sino que conduce a que éstos no sólo den a conocer su propia opinión o una sola de las perspectivas acerca de cierta problemática, sino que también den cabida a visiones distintas o aquellas que le son contrarias.

6. Como mecanismo de protección de este derecho, y en busca de la objetividad y el equilibrio de la información, la Subcomisión II de la Comisión I de la Asamblea Constituyente, propuso la consagración del derecho de réplica en todos los medios de comunicación, el cual podría ser ejercido por grupos sociales representativos y estaría sujeto a la reglamentación legal. La iniciativa finalmente no fue aprobada y se redujo a la réplica de los partidos de oposición frente a ataques oficiales en los medios estatales de comunicación (artículo 112 CP). De esta manera se negó en principio a las organizaciones de la sociedad civil la posibilidad de dar a conocer sus puntos de vista y de intervenir en la formación de la opinión pública, lo que hubiera roto con la unilateralidad frecuente de los medios de comunicación y el limitado acceso que tienen a ellos.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 15, 18, 21, 40, 41, 44, 71, 73, 74, 75, 78, 85, 86, 93, 95, 107, 111, 112, 214n2, 265 n.9, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 2) y artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)
Primer Debate, artículo A (G.C., N° 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 19 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 5 y 19, abril 8, 25 y 26, mayo 2.
Comisión II: marzo 8
Plenaria: junio 5, 6, 8, 12, 18 y 28.

LEGISLACION

Decreto 2591 de 1991, artículo 41
Ley 104 de 1993
Ley 107 de 1994, artículos 4, 5 y 6
Ley 137 de 1994, artículos 2, 27 y 38
Ley 146 de 1994
Ley 182 de 1995
Ley 241 de 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-009,
T-015/T-220, T-403,
T-409, T-414, T-429,
T-444, T-486, T-488,
T-489, T-512, T-525,
T-527, T-603, T-609,
T-611.

1993

C-019, T-022, C-027,
C-033, T-048, T-050,
T-080, T-081, T-110,
T-123, T-129, T-145,
T-160, T-182, T-213,
T-219, T-220, T-274,
T-296, T-303, T-332,
T-354, T-359, T-369,
T-383, T-389, T-413,
C-454, C-456, T-459,
T-460, T-479, C-488,
SU-528, C-529, C-535,
C-542, T-561, T-563,
T-578, T-595, T-596.

1994

C-022, C-060, C-088,
C-089, C-134, C-145,
T-164, C-179, C-189,
T-210, T-259, T-275,
T-293, C-311, T-317,
T-331, T-342, C-355,
T-381, C-425, T-443,
T-471, T-484, T-485,
C-511, T-539, T-551,
C-555, C-562, T-579.

7. Teniendo una fuente de deberes en el derecho de los particulares a ser informados, los medios de comunicación deben respetar además los bienes jurídicos que establecen límites razonables a su actuación. Como todos los derechos, la libertad de informar está limitada por el respeto de los demás derechos contemplados en la Carta Constitucional, especialmente el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y la presunción de inocencia⁵.

Frente a la violación por los periodistas del derecho a la honra es procedente la acción de tutela siempre que el afectado haya solicitado previamente la rectificación, sin que hubiera tenido respuesta o cuando la rectificación no se hubiera realizado en términos de equidad⁶. Las condiciones de equidad en la rectificación hacen referencia a la adopción en ésta de las mismas características con que se divulgó la información inicial, entre ellas la ubicación en la publicación, el tiraje e inclusive los caracteres gráficos⁷. No se cumple con la rectificación cuando sólo se expresa que se está ejecutando una decisión judicial, puesto que quien rectifica no es el juzgado sino que es el medio de comunicación el que admite que se equivocó⁸. En caso de no cumplirse la orden de rectificación el juez puede imponer la sanción de arresto por desacato (artículo 52 del Decreto 2591 de 1991). La tutela se convierte así en

procedimiento judicial sumario que suple en algunos aspectos, entre ellos la lentitud, a los procesos penales por calumnia o injuria.

8. Los medios de comunicación como los particulares, tienen derecho a expresar sus opiniones sin limitación alguna, pero de su ejercicio surgen deberes con la sociedad. Prevista en el artículo 20, y en los artículos 58 y 333 de la Constitución, que hacen referencia a que la propiedad es una función social y a que la libertad de empresa tiene una función social, la responsabilidad social de los medios consiste en orientar su labor hacia la realización de los intereses generales. En el nuevo orden constitucional éstos se identifican con la eficacia de los derechos humanos, la formación de una cultura política democrática, el estímulo de la solidaridad y el logro de la justicia y la paz, puesto que ellos son razón de ser de la sociedad y fin esencial del Estado. Sus actividades han de apuntar a incentivar el conocimiento colectivo de las libertades y los derechos, y la orientación y el control del Estado por los ciudadanos.

9. Con la evolución de los medios en el marco de la economía de mercado, la función del Estado deja de ser solamente la de abstenerse de restringir la libertad de informar, para convertirse en la de intervenir con el fin de garantizar su vigencia para todos, haciendo frente al hecho de que sólo un reducido grupo de particulares tiene la posibilidad acceder a su propiedad. Existe una tendencia a la concentración tanto en cada uno de los medios,⁹ como a que una misma

⁵ Al respecto pueden verse los comentarios a los artículos 15 y 21 en este mismo volumen.

⁶ El artículo 30 de la Ley 182 de 1995 regula la rectificación en televisión.

⁷ Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 4 de noviembre de 1992.

⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 14 de septiembre de 1992.

⁹ Según estadísticas presentadas a la Asamblea Constituyente por la delegatoria María Merce-

persona, natural o jurídica, asuma el control de órganos escritos, de radio y de televisión. Con la vinculación de los grandes conglomerados económicos a las empresas de comunicación, un margen significativo de la pauta de publicidad es contratada con los medios que pertenecen a estos grupos de capitales, asfixiando económicamente a otros medios y restringiendo notoriamente la posibilidad de creación de nuevas empresas periodísticas. Así, la concentración de los medios de comunicación es inclusive causa de distorsión de la libre competencia en la economía de mercado, puesto que los grupos económicos que cuentan con sus propias empresas de información resultan aventajando inequitativamente a otras en la comercialización de sus productos¹⁰. La limitación en el acceso a la propiedad de estos bienes se debe también a la estructura de costos de producción del sector derivada, entre otras razones, del desarrollo tecnológico. Estas circunstancias hacen que los sectores populares de la sociedad civil estén excluidos de la propiedad de los grandes medios. Además, los medios se encuentran ligados directamente al estrecho círculo de los poderes políticos tradicionales.

Por estas razones el derecho a informar requiere para su vigencia de la intervención del Estado, en busca de que todos tengan acceso a su ejercicio. Aquí es necesario unir a la de-

fensa de la libertad, la promoción de la igualdad, pues proteger con exclusividad la libertad de los dueños es ahondar en la inequidad¹¹. El Estado tiene así la obligación de establecer límites a la concentración de los medios, a la inversión de los conglomerados económicos y a los capitales extranjeros, y adquiere también el deber de crear condiciones propicias para el acceso a su propiedad por parte de los sectores excluidos.

10. Por otra parte, los medios y el Estado han de evitar los efectos nocivos de la adopción acrítica de valores foráneos, relegando al olvido los valores nacionales y regionales, fenómeno derivado en lo esencial del hecho de que los medios se orientan por el interés de la ganancia, dejando de lado los intereses generales.

La democratización de los medios de comunicación es condición indispensable para la democratización de la sociedad, puesto que la restricción de su ejercicio limita el pluralismo ideológico, la participación, y con ellos, las posibilidades de acceso al poder de los sectores minoritarios o excluidos.

des Carranza y la periodista María Teresa Herrán, en Colombia, para el año de 1990, las dos más grandes cadenas radiales, Caracol y RCN, agrupaban el 47% de las emisoras y el 88% de la audiencia en las ciudades más importantes del país. Gaceta Constitucional, No. 130, págs. 24 y 25.

¹⁰ Ver intervención de la delegataria Aída Abella, Gaceta Constitucional, No. 130, pág. 21.

¹¹ Ver intervención del delegado Germán Toro, Gaceta Constitucional, No. 130, pág. 27

1995

T-032, C-053, SU-056, T-059, T-074, SU-082, T-094, T-096A, T-097, SU-089, C-106, T-189A, T-199, T-206, T-552, T-576, T-615.

1996

C-038, C-045, T-053, C-073, T-090, C-093, T-104, T-151, C-245, T-296, T-322, T-404, T-405, C-597, T-696, T-705, C-711.



Declaración Universal, artículo 19.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.
Declaración Americana, artículo 4.
Convención Americana, artículos 13 y 14.
Convención de los Derechos del Niño, artículos 12 y 13.

Artículo 21

Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 15, 20, 29, 85, 86, 93, 214 n.2, 248, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 1) Primer Debate, artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1) Comisión Codificadora, artículo 20 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 5, 6, 14 y 28

LEGISLACION

Código Penal, artículos 313 y 314
Ley 171 de 1994

1. De acuerdo con esta norma constitucional toda persona tienen derecho a que se respete la dignidad que le es inherente en cuanto ser humano y, en segundo lugar, a que no se afecte sin motivo fundado la buena opinión que los demás tengan de ella. Por lo tanto nadie puede ser objeto de expresiones que lo humillen en cuanto persona, ni ser acusado de una conducta inmoral o ilegal, a menos que se pruebe la veracidad de la afirmación o exista condena penal en su contra¹.

2. Siendo apenas un criterio programático para las autoridades en la Constitución de 1886 (artículo 16), la honra ha pasado a ser un derecho de las personas. En consecuencia es deber de los particulares respetarlo y obligación del Estado no desconocerlo y velar por su garantía. Al adoptar en el artículo 21 el derecho a la honra el constituyente no incurrió en una supuesta reiteración que se desprendería de su inclusión en el artículo 2 de la Constitución². En esta norma la honra aparece consagrada como uno de los objetivos para los cuales fueron instituidas las autoridades, mientras que en el artículo 21, la honra comporta como derecho una facultad de las personas y un poder para exigir su respeto. Con el artículo 21 tampoco se da lugar a la duplicación del derecho al buen

nombre previsto en el artículo 15 de la Constitución³. Este es expresión del derecho a la intimidad y protege a los individuos de la divulgación de información relativa a ella así sea verdadera, y a las personas jurídicas en lo que tiene que ver con su valoración ética y jurídica y a su buen desempeño. El derecho a la honra protege a las personas naturales frente a la divulgación de información que se puede caracterizar básicamente como falsa.

3. Entre los particulares, los medios de comunicación social se encuentran en una especial situación que hace a sus actuaciones especialmente gravosas en caso de afectar la honra y la intimidad de las personas. La comunicación social es realizada hoy por grandes empresas sin límites a su cubrimiento y que tienen a la base grandes capitales⁴. Frente a estos poderes las personas se encuentran en un estado de indefensión, circunstancia que se hace todavía más evidente si se tienen en cuenta la capacidad de influencia de los medios en la opinión pública y en las decisiones de las distintas instancias del Estado, y las posibilidades de presentación unilateral, y de reiteración y ampliación de la información⁵. En este contexto, el derecho a la honra entra con frecuencia en conflicto con el derecho a informar.

¹ Se incurre en el delito de injuria cuando se hacen falsas imputaciones de inmoralidad y en el delito de calumnia cuando se sindic a una persona de ser autora de un delito que no cometió (Código Penal, artículos 313, 314 y 315).

² En este sentido Rafael Ballén, *Constitución Política de Colombia. Antecedentes, comentarios y jurisprudencia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 249.

³ En un sentido similar la sentencia de la Corte Constitucional T-367/93, MP. Vladimiro Naranjo.

⁴ A este respecto puede verse María Teresa Herrán, *La industria de los medios masivos de comunicación en Colombia*, Bogotá, Fescol, 1991, pág. 46 y ss.

⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP. José Gregorio Hernández.

4. Pueden distinguirse cinco circunstancias en las que el derecho a la honra resulta vulnerado al darse a conocer una cierta información: a) Cuando se trata de noticias o afirmaciones falsas, o lo que es lo mismo, que no concuerdan con la realidad de los hechos. b) Cuando sin incurrir propiamente en una falsedad se tergiversa, distorsiona o manipula la información de tal manera que ésta resulta afectando la imagen que de una persona se forman los demás. Es el caso del uso sesgado de titulares o del planteamiento de interrogantes que insinúan una actuación inmoral o ilegal, conductas que, en cuanto a los efectos que tienen en la honra de las personas, equivalen a mentir⁶. c) Cuando se presenta una noticia de manera incompleta, guardando silencio sobre parte de los hechos, lo cual impide a la opinión pública formarse una opinión objetiva de lo ocurrido⁷. d) Cuando se hacen aparecer opiniones infundadas como hechos ciertos. Puesto que se trata del desarrollo de la libertad de expresión no puede oponerse límite a la divulgación de opiniones, así éstas sean equivocadas o se basen sólo en especulaciones. Pero los comentarios o inferencias personales acerca de alguien deben ser presentadas en forma clara de tal manera que no se hagan aparecer las opiniones como hechos ciertos o verificados⁸. e) Cuando se presenta información ju-

dicial sin respetarse el derecho a la presunción de inocencia, pues una persona no puede ser acusada públicamente de ser delincuente sino luego de haber sido condenada por un juez (artículos 29 y 248 CP.).

5. Las autoridades penales pueden afectar el derecho a la honra cuando no observan los términos judiciales, pues luego de que se conozca públicamente la apertura de un proceso en su contra permanece de manera irrazonablemente prolongada o indefinida en una situación de entredicho ante los demás miembros de la comunidad⁹.

6. La vigencia de la Constitución de 1991 ha permitido sumar a la protección penal de la honra -lenta y poco eficaz para restablecer el derecho vulnerado- el amparo constitucional a través de la acción de tutela, que puede interponerse una vez se haya solicitado directamente al agraviante la rectificación y ésta no se produzca o se realice en términos inequitativos. Con la sentencia de tutela las personas que han sido afectadas en su honra pueden lograr que en pocos días el juez ordene la rectificación de lo dicho o escrito y detenga la divulgación de toda nueva información en el mismo sentido. La rectificación -que constituye propiamente un derecho-¹⁰ no se surte dando al afectado la oportunidad de presentar su versión de los hechos, sino que consiste en que el propio medio corrija con franqueza lo ya expresado, sin disimular su falta

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-011, T-222, T-223, T-412, T-444, T-470, T-480, T-512, T-577, T-611, T-612.

1993

C-033, T-047, T-063, T-080, T-110, T-213, T-269, T-296, T-332, T-340, T-359, T-367, T-413, T-440, SU-528, T-563, T-595, T-596.

1994

C-060, C-063, C-069, C-134, T-259, T-275, T-293, T-539, T-551, T-579.

1995

T-096A, T-335, T-404, T-411, T-529.

1996

T-028, T-086, C-264, T-322, T-404, C-597, C-683.

⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-088/94, MP. Fabio Morón, T-259/94, MP. José Gregorio Hernández y T-471/94, MP. Hernando Herrera.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-602/95, MP. Carlos Gaviria.

⁸ Ibid.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-190/95, MP. José Gregorio Hernández.

¹⁰ Convención Americana, artículo 14.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículos 1 y 12.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.

Declaración Americana, artículo 5.

Convención Americana, artículos 11 y 14.

Convención de los Derechos del Niño, artículo 16.

de objetividad¹¹. Ello debe hacerse con el mismo despliegue y las mismas características con que se dió a conocer la noticia rectificada.

La rectificación a través de la acción de tutela no puede dar lugar a la modificación del contenido de una obra periodística, a menos que contenga información que no sea veraz y afecte la honra o la intimidad de las personas aludidas¹². La rectificación debe hacerla el medio de comunicación aun cuando se trate de la publicación de avisos pagados por terceros, pues aquel tiene el deber de examinar el contenido de los anuncios con el fin de verificar si viola los derechos a la honra o a la intimidad de las personas¹³.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-602/95, MP. Carlos Gaviria.

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-056/95, MP. Antonio Barrera.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-381/94, MP. Hernando Herrera.

Artículo 22

*La paz es un derecho y un
deber de obligatorio
cumplimiento.*

1. La Constitución contempla el derecho de todas las persona a vivir en paz, es decir a hacer parte de una sociedad en la que no haya guerra y en la que se excluya la violencia como medio de solución de los conflictos. Se propugna de esta manera porque cesen las múltiples violencias que conducen a que el nuestro sea el país con la mayor tasa de homicidios del mundo -78 por cada 100.000 habitantes en 1994-¹.

La realización del derecho a la paz comprende el cese de la violencia política, la cual da lugar al asesinato de aproximadamente 10 personas en promedio cada día². También hace parte del mismo la disminución sustancial de la violencia común que aleja a los colombianos del disfrute de la paz, pues ella da lugar a que aproximadamente 65 personas sean muertas cada día³. En este contexto el derecho a la paz adquiere, además de su carácter político, una connotación social. Por sus alcances esa otra “guerra” sin móviles políticos hace que el problema de la violencia social tenga en el derecho a la paz uno de los fundamentos para su tratamiento. El derecho a la paz supone en este contexto la prohibición de los comportamientos de los particulares atentatorios contra la paz social, como son el ejercicio abusivo de los propios derechos y el irrespeto de los derechos de los demás,⁴ así como la

obligación del Estado de prevenir tales conductas y de sancionarlas cuando se cometan.

2. El derecho a la paz contemplado en el artículo 22 de la Carta comparte con el objetivo de alcanzar la paz que hace parte del Preámbulo, su naturaleza de finalidad histórica de la sociedad, del nuevo orden constitucional y del Estado. Como objetivo o principio del nuevo orden constitucional, lo ha dicho la doctrina española, la paz cumple una función orientadora de la labor legislativa del Congreso y de la actuación de los jueces en las sentencias, hacia la consecución de la paz política y social, y sirve de base a la crítica de toda decisión de las autoridades que afecte la convivencia.

3. En la medida en que la realización del derecho a la paz sólo puede ser el resultado de la confluencia de muchos elementos -tanto si se la concibe limitadamente como ausencia de violencia y, con mayor razón, si se la entiende como la realización de las tres generaciones de los derechos humanos- la sociedad y sus miembros no pueden acceder a él de manera inmediata. Por ello puede afirmarse que no existe paz mientras se atropelle la dignidad humana y se violen los derechos humanos⁵. En este mismo sentido la Declaración universal de los derechos humanos afirma en su Preámbulo que la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de los

¹ Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Entre el dicho y el hecho. Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia en 1994*, Bogotá, Mimeo, 1994, pág. 16.

² Idem, pág. 2.

³ Ibid.

⁴ “La violación o desconocimiento de los derechos quebranta la paz social”, Salvamen-

to de voto de los magistrados Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez a la sentencia de la Corte Constitucional C-543/92.

⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-102/93, MP. Carlos Gaviria.

derechos y la dignidad humana. A la inversa, puede afirmarse también que el mínimo de paz es un derecho fundamental, ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos constitucionales y por otra parte, que la paz es presupuesto del proceso democrático⁶.

4. La paz, entendida de manera amplia como paz integral, sólo es posible luego de un proceso histórico que logre el respeto de los derechos civiles, el ejercicio de los derechos políticos, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y el respeto del ambiente. Es decir, la paz integral podrá alcanzarse con la realización de las ideas de libertad, autonomía, igualdad y equilibrio ecológico, o lo que es lo mismo si se avanza hacia la consolidación de las libertades, la democracia, la justicia social y el ambiente sano.

La realización del derecho a la paz como paz integral es el objetivo de mayor envergadura al que aspira la Constitución de 1991. Sin embargo, como lo recuerda Estanislao Zuleta, no es posible ni deseable alcanzar una paz absoluta. Esta sólo existe como ideal religioso o demagógico, y por lo general antidemocrático. Más que a la realización de los seres humanos y al desarrollo de la sociedad, esta paz contribuiría a su deterioro. En su "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita" Kant entendía que la "insociable sociabilidad humana", es decir, el impulso a permanecer en la sociedad y la tendencia a la conflictividad,

obra como motor de su progreso, y que sin el debate y el conflicto político las sociedades se estancarían en la ilusión de un paraíso.

5. Considerada como derecho de la tercera generación, la paz es un derecho de naturaleza concursal y solidaria, y tiene en las acciones populares el mecanismo idóneo para su protección⁷. No obstante, dada la "multiplicidad que asume su forma de ejercicio"⁸, la paz como derecho subjetivo supone además una facultad en cabeza de las personas que les permite actuar en la órbita de la vida cotidiana, inclusive haciendo uso de la acción de tutela, para evitar aquellas conductas que afectan la paz familiar o de la comunidad, o su tranquilidad individual, en conexión con el derecho a la intimidad. En este sentido, teniendo en cuenta el deber de propender por el mantenimiento de la paz y de respetar los derechos ajenos, la Corte Constitucional tuteló los derechos a la intimidad y a no ser molestado (artículos 15 y 28 CP.) frente un exceso de ruido derivado de la celebración de un culto religioso⁹. De la misma manera, la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la paz frente a medidas de fuerza y a un ejercicio del derecho de propiedad que prescinde de la función social que le es inherente. En un caso en el que los propietarios de unos terrenos adyacentes a la playa impe-

⁷Corte Constitucional, Sentencia T-08/92, MP. Fabio Morón.

⁸Ibid.

⁹Sentencia T-210/94, MP. Eduardo Cifuentes. En un sentido distinto, planteando una distinción entre paz -que es de carácter social- y la tranquilidad -que es subjetiva- puede verse la sentencia T-028/94, MP. Vladimiro Naranjo.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 15, 28, 67, 86, 93, 95 n.6, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 6 (G.C., N° 83, pág. 2, col. 2) y artículo 10 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 1) Primer Debate, artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 2) y artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 21, abril 8, 9, 10, 12 y 16
Plenaria: abril 30, mayo 2 y 6, junio 5, 6, 14 y 28

⁶Corte Constitucional, Sentencia T-439/92, MP. Eduardo Cifuentes.

LEGISLACION

Ley 20 de 1992
Ley 104 de 1993
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 171 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-418, T-439, T-525,
T-531, C-556.

1993

C-018, C-031, C-033,
C-058, C-059, C-077,
T-102, C-127, T-148,
C-171, T-188, C-207,
T-438, T-552, T-561.

1994

T-028, C-058, C-069,
T-125, C-131, T-210,
T-217, C-273, C-371,
C-376, C-383, T-465,
T-503.

1995

C-038, T-095, T-120,
C-225, T-363, C-536.

1996

T-416.

dían el uso de un camino ancestral que permitía a los pescadores vecinos acceder al mar, y con él, a su trabajo y sustento, la Corte Constitucional concluyó que tal conducta amenazaba el derecho a la paz¹⁰. En este sentido la paz obra como una libertad que no puede ser afectada por el Estado o los particulares, pues éstos tienen con relación a ella un deber de abstención¹¹.

6. El derecho a la paz comprende también la facultad de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil de participar en la vida política con el fin de contribuir a alcanzarla, ya sea para crear un ambiente favorable al acercamiento de las partes, para exigirles su compromiso con un proceso de paz o para plantear su parecer sobre los procedimientos y el contenido de las eventuales conversaciones de paz¹².

7. El derecho a la paz involucra también el poder para exigir al Estado y a los particulares el cumplimiento de obligaciones de hacer que se derivan de sus deberes frente a la paz, y el derecho a estar protegido por el

Estado frente a la arbitrariedad, la violencia y el terrorismo¹³.

8. Dada la plurivocidad del contenido del derecho a la paz, y la tutela que se le ha otorgado en múltiples oportunidades en tanto que derecho fundamental, la previsión del artículo 6 n.3 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, que declaraba improcedente la acción de tutela cuando se tratara de la protección del derecho a la paz, ha resultado ser inconstitucional.

9. La búsqueda de la reducción de los altos niveles de violencia social como realización del derecho a la paz, supone una política de seguridad ciudadana preventiva y respetuosa de los derechos, es decir de la puesta en marcha de una política económica que tienda a superar las causas económicas y sociales de la criminalidad común, y una estrategia de seguridad que tenga como regla de procedimiento y primer objetivo la protección de los derechos humanos. Además, una política criminal pensada en esta perspectiva supone la puesta en marcha de procedimientos penales y contravencionales garantistas y una penalización impuesta como última alternativa y que no excluya el objetivo de la resocialización.

10. Con el objetivo de crear un ambiente favorable a la paz la normatividad internacional prohíbe la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia, hostilidad o discriminación¹⁴.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-102/93, MP. Carlos Gaviria.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 20.1 y 2.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-605/92, MP. Eduardo Cifuentes.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-102/93, MP. Carlos Gaviria.

¹² En ejercicio del derecho a la paz numerosos ciudadanos han promovido y participado en procesos de reconciliación a nivel local y nacional. Organizaciones sociales como la Red de Iniciativas Ciudadanas por la Paz y contra la Guerra, el Comité de Búsqueda de la Paz y la Comisión de Conciliación han trabajado en la formación de una cultura y de una opinión pública favorable a la paz, y han impulsado la realización de conversaciones entre el Estado y las guerrillas. La campaña por el Mandato Ciudadano por la Paz, la vida y la libertad logró a su favor cerca de 10 millones de votos en octubre de 1997

11. En lo que tiene que ver con la paz exterior, el derecho a la paz comprende similares facultades a las ya enunciadas en relación con la paz nacional. En este sentido toda labor pacifista orientada a evitar una guerra internacional debe contar no sólo con la tolerancia del Estado sino con su protección. Las relaciones exteriores tienen en el mantenimiento de la paz uno de sus criterios fundamentales, en concordancia con el respeto de la soberanía nacional y la autodeterminación de los pueblos, y el reconocimiento de los demás principios del derecho internacional (artículo 9 CP).

12. Como derecho subjetivo, finalidad del nuevo orden constitucional, paz integral, condición y consecuencia de la vigencia de los derechos humanos, presupuesto de la democracia, derecho de la tercera generación, libertad, poder de participación, derecho fundamental y principio rector de las relaciones internacionales, la paz tiene un significado jurídico destacado en la nueva Carta y está llamado a desempeñar un papel histórico en la transformación de nuestra sociedad hacia la convivencia.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal,
Preámbulo.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
Preámbulo y artículo 20.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo y artículo 13.1.
Declaración de los Derechos del Niño, principio 10.
Convención de los Derechos del Niño, artículo 29.d.

Artículo 23

*Toda persona tiene
derecho a presentar
peticiones respetuosas a las
autoridades por motivos de
interés general o
particular y a obtener
pronta resolución.*

*El legislador podrá
reglamentar su ejercicio
ante organizaciones
privadas para garantizar
los derechos
fundamentales.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 74, 85, 93, 112, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 45

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 6 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 1)
Primer Debate, artículo 9 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 21 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y 23.
Plenaria: junio 5, 6, 14 y 28
Comisión Codificadora: junio 10

LEGISLACION

Código Contencioso Administrativo, Capítulos II a V
Ley 65 de 1993, artículo 58
Ley 99 de 1993, artículo 74
Ley 107 de 1994, artículos 4 a 6
Ley 142 de 1994, artículos 152 a 159

1. El derecho de petición cumple una tarea importante en la búsqueda del respeto y cabal ejercicio de los derechos de los asociados, en el cumplimiento de los fines del Estado y, con él, en el mejoramiento de sus niveles de eficiencia. En el ámbito político, puesto que a través de él los partidos y movimientos pueden conocer documentos oficiales (artículos 74 y 112 CP.), el derecho de petición puede contribuir a la consolidación del cambio democrático que involucra la Carta de 1991, constituyéndose en instrumento importante de la actuación de una oposición democrática.

2. El derecho de petición tiene en el sistema constitucional de 1991 una doble condición pues a su carácter de derecho se suma su función de mecanismo de protección de otros derechos. El Constituyente consideró de una relevancia especial a ciertos mecanismos de protección de los derechos, por lo cual resolvió darles el rango de derechos constitucionales, como son los casos del habeas corpus, el habeas data y la petición.

3. Mediante el derecho de petición las personas pueden actuar en favor de sus intereses particulares o del interés general. De esta manera, en la búsqueda del respeto o satisfacción de sus derechos, pueden oponerse a las actuaciones o decisiones de las autoridades, o solicitar su intervención. Otras expresiones del derecho de petición son la solicitud de informaciones y la formulación de consultas (Código Contencioso Administrativo, artículos 17 y 25). Desprovisto de formalidades, el derecho de petición puede ejercitarse por escrito o de manera verbal, y sin necesidad de acudir a un abogado para su presentación.

4. El contenido de este derecho comprende la facultad de formular la solicitud, el derecho de audiencia de su contenido –lo cual supone el deber de las autoridades de examinar el sentido de la petición– y el derecho a obtener una pronta resolución. Las autoridades están también en la obligación de tomar una decisión de fondo sobre lo pedido¹, lo cual debe distinguirse de la exigibilidad de una respuesta positiva. Una cosa es el ejercicio de este derecho y otra la procedencia de lo solicitado, por lo cual no se consulta el derecho de petición cuando se responde de manera negativa. En todo caso, frente al acto administrativo que dé respuesta absteniéndose de lo pedido y que carezca de validez, existen los recursos de la vía gubernativa².

Es deducible de este derecho la exigencia de una cierta rapidez con que las autoridades deben atender las solicitudes que le son presentadas. La respuesta a una petición deberá realizarse en el término mínimo que sea necesario para resolverla y nunca después del plazo fijado por la ley, que en ningún caso supera los 30 días. Además de pronta, la resolución debe ser oportuna, en virtud de lo cual deberá producirse cuando todavía es posible hacer efectivo el derecho que se busca proteger. La respuesta debe ser también adecuada –v.g. no se debe ofrecer una información cuando lo que se busca es la toma de una decisión– y efectiva –debe ser una solución a la solicitud, o debe trasladarse al funcionario competente o indicarse el

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-495/92, MP. Ciro Angarita.

² Corte Constitucional, Sentencia T-012/92, MP. José Gregorio Hernández.

trámite adecuado—, todo ello en consonancia con los principios de la efectividad de los derechos (artículo 2 CP.) y de la eficiencia administrativa (artículo 209 CP.)³.

En concordancia con lo expuesto, el silencio administrativo no satisface el derecho de petición, pues aquel sólo es supuesto para poder acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴. De no darse una respuesta que cumpla con las exigencias derivadas del contenido del derecho de petición, puede valerse para su garantía de la acción de tutela.

5. En un avance importante en relación con la Constitución de 1886, la nueva Carta prevé la posibilidad de usar el derecho de petición frente a particulares. Sin desarrollo legal todavía pero siendo un derecho de aplicación inmediata (artículo 85 CP.), la jurisprudencia ha entendido que el derecho de petición puede ser interpuesto ante organizaciones privadas en relación con las cuales se esté en estado de indefensión y para proteger los derechos fundamentales⁵. Usado en el ámbito de las relaciones entre particulares, el derecho de petición puede constituirse en vía de solución pacífica de conflictos sin tener que acudir ante la administración de justicia⁶.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-220/94, MP. Eduardo Cifuentes y Sentencia T-575/94, MP. José Gregorio Hernández.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-481/92, MP. Jaime Sanín y Sentencia T-134/95, MP. José Gregorio Hernández.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-452/92, MP. Simón Rodríguez.

⁶ Carlos Lleras de la Fuente, et al, op.cit., págs. 114 y 115.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-009, T-012, T-403, T-419, T-426, T-429, T-464, T-473, T-481, T-495, T-498, T-567.

1993

C-094, T-100, T-121, T-156, T-159, T-172, T-188, T-241, T-249, T-257, T-258, T-259, T-262, T-263, T-264, T-279, T-290, T-306, T-347, T-348, T-367, T-375, T-396, T-413, T-418, T-422, T-445, T-484, T-501, T-507, T-514, T-578, T-580, T-596.

1994

T-016, T-033, T-043, T-056, T-071, T-075, T-085, T-098, T-114, C-134, T-178, C-200, T-210, T-217, T-219, T-220, T-227, T-257, T-258, T-260, T-275, T-279, T-295, T-320, T-331, C-349, T-352, C-365, T-419, T-443, T-450, T-461, T-464, T-466, C-472, T-483, T-486, C-496, T-501, T-532, T-574.

1995

T-022, T-032, T-050, C-053, T-103, C-106, T-121, T-125, T-134, C-140, T-148, T-186, T-187, T-210, T-273, T-286, T-299, T-302, T-310, T-334, T-338, T-359, T-370, T-390, T-393, T-403, T-414, T-417, T-434, T-437, T-439, T-453, T-454, T-464, T-467, T-487, T-502A, T-529, T-530, T-558, T-572, T-610, T-614, T-623.

TÍTULO II CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

1996

C-038, T-053, C-056,
T-088, T-105, T-107,
T-130, T-134, T-161,
T-166, T-167, T-168,
T-204, T-211, T-213,
T-214, T-225, T-234,
T-239, T-291, T-293,
T-296, C-339, T-403,
T-406, T-440, C-445,
T-506, T-518, T-529,
T-549, T-605, T-643,
T-646, T-667, T-669,
T-700, T-704, T-705.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Americana,
artículo XXIV.

Artículo 24

Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 34, 35, 36, 85, 86, 93, 96, 100, 101, 214n2, 310, 330 n.1, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 7 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 1) Primer Debate, artículo 5 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 3)

Comisión Codificadora, artículo 22 (G.C., N° 113, pág. 2)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y 23.
Plenaria: junio 5, 8, 14 y 28

LEGISLACION

Código Penal, artículo 185
Ley 137 de 1994, artículos 28 y 38

1. El derecho de circulación comprende tanto la facultad de los colombianos de desplazarse por todo el territorio nacional, así como la de entrar y salir de él cuando a bien lo tengan. Los extranjeros son también titulares de la primera facultad, pero su ingreso así como el abandono del país deben sujetarse a los tratados internacionales, y a las normas de inmigración y de extranjería. Sin embargo, el extranjero que se halle en un país legalmente no puede ser expulsado sino por decisión adoptada según la ley¹. El horizonte de la integración latinoamericana y del Caribe formulado en el Preámbulo de la Carta y en el artículo 9 como principio, tiende al establecimiento de un régimen común para nacionales y determinados extranjeros en el ejercicio de este derecho.

2. El derecho de locomoción tiene reserva legal, es decir que sólo puede ser regulado por disposiciones de ese rango. Entre las razones que justificadamente pueden dar origen a su restricción se citan las de planeación urbana y rural y las de índole cultural, como la protección de los inmuebles declarados patrimonio histórico de la Nación². Este derecho admite restricciones parciales en relación con determinados lugares y horas, medios de transporte o sentidos del movimiento, como las que se derivan de las normas de tránsito o las que nacen de la necesidad de garantizar la seguridad de determinados funcionarios del Estado o de instalaciones oficiales. También puede ser objeto de limitaciones durante los estados de excepción, sin que se afecte

su núcleo esencial u otros derechos fundamentales.

Desconociendo esta norma constitucional la Ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994) da a las autoridades las facultades de exigir permisos especiales de circulación y de obligar a ciertas personas a comunicar con antelación todo desplazamiento fuera de la localidad en que residen. Al contenido de este derecho y a la prevalencia del interés general les son contrarios los cierres de calles que particulares realizan en ciertos barrios y sectores de las ciudades, además de constituir una apropiación del espacio público³.

3. El artículo 24 comentado reconoce también el derecho de los colombianos a permanecer en el territorio nacional. Así, no puede obligarse a los colombianos a permanecer en su país natal, ni exigírseles para autorizar su salida requisitos que constituyan una negación indirecta de este derecho, como sería el caso del pago de impuestos irrazonablemente elevados. De acuerdo con las normas internacionales, nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional⁴. En virtud de la prohibición expresa contenido en el artículo 34 de la Carta ni siquiera como consecuencia de un delito puede imponerse la sanción del destierro. Este tiene dos modalidades: el abandono forzado del territorio nacional y el confinamiento de una persona en una región inhóspita y lejana dentro del mismo. De esta manera una práctica común en las recientes dictaduras

¹ Convención Americana, artículo 22.6.

² Corte Constitucional, Sentencia T-423/93, MP. Vladimiro Naranjo.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-518/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁴ Convención Americana, artículo 25.5.

suramericanas ha quedado proscrita en Colombia. Recientemente trató de burlarse este precepto, aunque sin éxito, a través del proyecto de Ley estatutaria de los estados de excepción presentado al Congreso por el gobierno del presidente Gaviria, el cual contemplaba en su artículo 23 literal a) la imposición por las autoridades administrativas del exilio interno. La disposición fue rechazada durante el debate parlamentario⁵.

4. Finalmente la norma consagra el derecho de residencia el cual consiste en la facultad de determinar el lugar donde se desea vivir, así como fijar el asiento principal de los negocios. Este derecho también puede ser objeto de restricciones como las que se derivan del derecho a la propiedad privada y de la propiedad colectiva sobre los resguardos indígenas, así como del otorgamiento a los consejos indígenas de atribuciones sobre el uso del suelo y el poblamiento de sus territorios (artículo 330 n.1 CP.). También puede ser limitado en virtud del interés por la preservación de áreas de importancia ecológica (artículo 79 CP.).

El artículo 310 de la Constitución prevé una restricción especial del derecho de circulación y residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –afectado por el problema de su alta densidad de población– con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales de las islas.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-009, T-224,
T-402, T-455, T-487,
T-508, T-518, T-532,
T-550, T-551, T-604.

1993

C-127, T-210, T-257,
SU-277, T-292, T-358,
T-423, C-530.

1994

T-032, C-058, C-069,
C-134, C-179, T-550,
T-580.

1995

T-015, T-095, C-106,
T-150, C-450.

1996

T-065, C-172, T-288,
T-321.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 13.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12.

Declaración Americana, artículo 8.

Convención Americana, artículo 22.

⁵ Gaceta del Congreso, Año I, No. 13, 4 de agosto de 1992, pág. 3.

Artículo 25

*El trabajo es un derecho y
una obligación social y
goza, en todas sus
modalidades, de la especial
protección del Estado.*

*Toda persona tiene
derecho a un trabajo en
condiciones dignas y
justas.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 16, 26, 44, 53 a 56, 67, 86, 93, 214 n.2, 215, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 17

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 1) y artículos 1 y 7 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 2).
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 6, col. 3) Comisión Codificadora, artículo 23 (G.C., N° 113, pág. 3) y artículo 52 (G.C., N° 113, pág. 4).

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y mayo 8.
Comisión V: marzo 20 y mayo 7.
Comisión conjunta (I y V): mayo 9 y 15.
Plenaria: junio 10, 18, 28 y 29

LEGISLACIÓN

Código Sustantivo del Trabajo
Ley 65 de 1993, artículos 79 a 93
Ley 76 de 1993
Ley 137 de 1994, artículos 5 y 38
Ley 142 de 1994

1. El trabajo tiene un status especial en el nuevo ordenamiento constitucional, dando continuidad y desarrollo a la tradición que introdujera la reforma de 1936. Garantizar a los miembros de la sociedad el trabajo fue uno de los fines por los cuales se proclamó la nueva Constitución. El acercamiento a un real Estado social de derecho está ligado al acceso efectivo al trabajo en condiciones equitativas¹. Con base en esta disposición constitucional toda persona tiene derecho a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y a permanecer en él, para lo cual deben garantizarse condiciones de estabilidad y el cumplimiento de los requisitos de despido. Las personas tienen también derecho a la protección contra el desempleo².

El Estado no sólo debe garantizar el derecho al trabajo y poner en marcha políticas de empleo,³ sino que está también en la obligación de prestarle una especial protección. El mínimo de este deber consiste en evitar que la situación económica y los derechos sociales de los trabajadores sean desmejorados, inclusive durante los estados de excepción (artículo 215 CP.). Por ello toda in-

tervención del Estado en la economía, debe tener por objetivo principal la justicia social y en especial el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores. A esta interpretación del artículo comentado puede llegarse a partir de una lectura de los artículos 17 y 32 de la Constitución de 1886 –de una riqueza semántica evidente y de hondo contenido progresista como quiera que provienen de la Reforma de 1936– los cuales decían respectivamente: “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado” y “Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

2. La Constitución no sólo garantiza el derecho a un trabajo sino también a que su desempeño cuente con el respeto debido a la dignidad de las personas y a que se realice en condiciones justas. El concepto de dignidad al que alude este artículo puede interpretarse –en sentido kantiano– como la condición de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Angarita.

² Declaración Universal, artículo 23.1.

³ Los Estados se han comprometido a adoptar medidas para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo, entre ellas programas que busquen “un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículos 2.1 y 6.1. y 2.

toda persona que conduce a que en las relaciones laborales sea tratada como fin y no solamente como medio (Ver el comentario al Artículo 11 en este volumen). El trabajador no puede ser reducido a factor de producción, a ser una máquina o un número para el exclusivo objetivo del provecho económico del patrono, sea éste oficial o privado. Tal relación, hoy condición estructural, convierte en simple objeto de explotación a la persona, desconociendo de esta manera la humanidad del trabajador⁴.

Dignidad y justicia en el trabajo son posibles por la realización de los principios mínimos fundamentales del trabajo, consignados en el artículo 53 CP., los cuales tienen status de derechos fundamentales⁵ y por lo tanto pueden ser objeto de tutela. El derecho a igual salario por trabajo igual y sin discriminación alguna, y el derecho a una remuneración equitativa que asegure al trabajador y a su familia una existencia digna⁶, pueden contribuir a la definición más completa de los principios de que habla el artículo 53 CP. y que son los siguientes: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más

favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Por otra parte, por condiciones dignas y justas la jurisprudencia ha entendido factores como “las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado.”

El derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas no sólo es predicable de quienes se encuentran vinculados mediante un contrato laboral, sino que también se aplica a los trabajadores independientes, y a todos aquellos que por su cuenta desarrollan una actividad económicamente productiva. “La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad”⁷.

La exigencia de condiciones dignas y justas en el trabajo -así como la protección de los derechos a la vida y a la salud- limita la facultad del patrono de modificar las condiciones de trabajo -*ius variandi*- por lo que ésta no es discrecional ni absoluta. “En cada ejercicio de su

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-007, C-221, T-222, T-224, T-225, T-400, T-404, T-408, T-410, T-411, T-415, T-422, T-425, T-441, T-451, T-453, T-457, T-475, C-479, T-494, T-499, C-504, T-505, T-526, C-546, T-554, T-568, C-575, T-581, C-588, T-593, T-601, C-606.

1993

C-002, T-008, T-009, C-016, C-017, C-025, C-031, T-038, T-047, C-056, C-062, C-071, C-074, C-094, C-097, C-127, T-128, C-143, C-169, -172, T-179, T-210, C-268, T-320, T-330, C-334, C-345, T-383, T-414, T-420, T-421, T-423, T-441, T-462, T-463, T-469, T-482, T-495, T-510, C-530, C-546, C-555, T-560, C-569, T-596.

1994

C-023, T-028, T-032, T-036, T-044, T-056, C-060, C-069, C-072, T-084, T-085, T-095, T-096, T-098, T-100, C-129, T-135, T-173, SU-201, C-223, T-229, C-250, T-258, T-260, C-263, T-286, T-291, C-311, C-321, T-326, T-329, T-330, T-331, T-341, T-344, T-401, C-415, T-438, T-447, T-461, C-473, C-474, T-486, T-498, C-514, T-524, T-525, C-527, C-529, C-549, C-555, C-558, T-564, T-574, T-580.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-484/93, MP. José Gregorio Hernández.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Angarita.

⁶ Declaración Universal, artículo 23.2 y 3.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-472/93, MP. Vladimiro Naranjo.

1995

T-015, T-016, T-024,
T-046, C-051, T-063,
T-067, T-079, T-102,
C-106, T-113, T-115,
T-136, T-143, T-149,
T-154A, T-158, T-173,
C-194, C-205, T-209,
T-215, T-226, C-247,
C-254, T-257, T-271,
T-287, T-291, T-298,
T-308, T-322, T-325,
C-330, SU-342, T-359,
C-367, T-372, T-403,
T-433, T-443, T-516,
C-521, T-549, T-554,
T-579, SU-599, T-603,
T-606.

1996

C-006, C-018, C-038,
T-051, C-060, T-065,
C-072, C-081, C-095,
T-143, T-146, T-150,
T-160, T-183, C-189,
C-190, T-202, T-209,
T-224, C-260, C-273,
C-307, C-331, C-366,
T-418, C-426, C-448,
C-492, C-494, C-580,
C-610, C-619, C-625,
T-642, C-663, T-670,
C-710, T-715.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 23.

Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6 y 7.

Declaración Americana, artículo 14.

Convenios 1 a 30, 52, 62, 81, 87, 88, 95, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 107, 111, 116, 129, 136, 159, 160, 167, 169 y 170 de la OIT.

facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquélla no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”⁸.

3. Los niños trabajadores tienen una especial protección constitucional con el fin de evitar que su actividad laboral se convierta en obstáculo para el libre desarrollo de su personalidad, como también para evitar su explotación y las labores con riesgos o que excedan sus capacidades (artículo 44 CP.).

4. El trabajo es también un deber de las personas en relación con la sociedad en que viven, pues de él depende su existencia misma, el funcionamiento ordinario, el bienestar y el progreso de la comunidad. Los beneficios de la vida en sociedad exigen a cambio la contribución de la fuerza y la capacidad de trabajo de todos. No obstante una sociedad democrática no debería penalizar la vagancia.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-484/93, MP. José Gregorio Hernández.

Artículo 26

*Toda persona es libre de
escoger profesión u oficio.
La ley podrá exigir títulos
de idoneidad. Las
autoridades competentes
inspeccionarán y vigilarán
el ejercicio de las
profesiones.*

*Las ocupaciones, artes y
oficios que no exijan
formación académica son
de libre ejercicio, salvo
aquellas que impliquen un
riesgo social.*

*Las profesiones legalmente
reconocidas pueden
organizarse en colegios. La
estructura interna y el
funcionamiento de éstos
deberán ser democráticos.*

*La ley podrá asignarles
funciones públicas y
establecer los debidos
controles.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 16, 25, 53, 54, 73, 74, 85, 93, 150 n.º 8, 214 n.º 2, 222, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 39

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 41, col.1)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 6, col.3)
Comisión Codificadora, artículo 24 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión V: mayo 7.
Comisión Conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 10, 18 y 28

LEGISLACION

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 8 y 11
Ley 6 de 1992, artículo 54
Ley 30 de 1992
Ley 36 de 1993
Ley 64 de 1993
Ley 72 de 1993
Ley 78 de 1993
Ley 115 de 1994, artículos 116 a 119
Ley 157 de 1994

1. La libertad de escoger y ejercer las profesiones y los oficios es un desarrollo de la autonomía individual y del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del trabajo. No podrían establecerse restricciones por el Estado o por los particulares a la voluntad de las personas para elegir entre las distintas opciones de trabajo sin que ello no diera lugar a una especie de subordinación autoritaria, y a que se truncaran en su raíz las vocaciones personales, ofendiendo en cada persona afectada la dignidad humana.

2. Con el objeto de regular este derecho, la Constitución faculta al Estado para que, sólo a través de la ley, exija títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones y de los oficios. Sin embargo, los oficios de los que no se derive un riesgo social son de libre ejercicio. La exigencia de títulos es una excepción y está limitada por el imperativo del Estado democrático de garantizar en todo respecto el mayor ámbito de libertad posible. Así, los requisitos sólo deben buscar la certificación de la calificación del sujeto, estar de acuerdo con la naturaleza de la tarea reglamentada, y estar orientados a la protección de los derechos constitucionales de los demás, sin que se excedan de lo estrictamente necesario para garantizar su respeto. En la búsqueda de la justicia social estas reglamentaciones han de evitar que, creando obstáculos que terminen negando el acceso al trabajo, profundizen las desigualdades sociales¹.

3. Las autoridades quedan también autorizadas para que, en desa-

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-606/92, MP. Ciro Angarita.

rollo de disposiciones legales, vigilen el ejercicio de las profesiones. Esta función de inspección por parte del Estado sólo puede tener por objeto la garantía de los derechos de los asociados y el respeto del orden constitucional, de tal manera que su intervención no implique la imposición de derroteros ni la obstaculización de las actividades profesionales, lo cual sería nugatorio del derecho en mención. Tampoco es admisible que se establezcan limitaciones al ejercicio de las profesiones fundadas en las diferencias entre sexos, pues ello constituye una conducta discriminatoria².

4. La distinción que establece la Constitución entre profesiones, ocupaciones, artes y oficios no se basa en razones que de manera forzada identifique el trabajo intelectual con las profesiones y el trabajo manual con el desempeño de oficios. La misma Constitución nombra ocupaciones, artes y oficios que exigen formación académica, caso en el cual su ejercicio puede ser objeto de reglamentación. Por lo tanto, en el marco de un Estado social que busca ofrecer a todos iguales de oportunidades para su realización humana, la reglamentación de este derecho en los diferentes campos de la vida laboral no puede orientarse a favorecer este tipo de discriminación³.

5. Con la facultad de formar colegios profesionales se desarrolla el derecho de asociación, en este caso en busca de la promoción de determinada profesión u oficio, y de fines como la capacitación de sus miem-

² Corte Constitucional, Sentencia C-410/94, MP. Carlos Gaviria.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-606/92, MP. Ciro Angarita.

bros, el control ético, y la investigación y la divulgación científicas.

En este marco constitucional e inclusive en el de la Carta de 1886 (artículo 44), tanto la creación de colegios como el retiro de sus miembros y su afiliación, sólo pueden ser consecuencia de la libre voluntad de las personas y en ningún caso de una obligación general. La opinión contraria al establecimiento de una colegiatura obligatoria en cualquier profesión tiene asiento en la necesidad de evitar que ésta se convierta en un obstáculo para el goce de los demás derechos constitucionales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse sobre la colegiatura obligatoria en relación con el artículo 13 de la Convención Americana que contempla el derecho a la libertad de expresión ha dicho:

“La colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴.

En desarrollo de su tarea de construir la democracia participativa en el ámbito de las relaciones entre la sociedad y el Estado, y la democracia social en el interior de las distintas formas de organización de la comunidad, la Constitución obliga a que los colegios profesionales tengan una

estructura interna democrática y a que adopten procedimientos de decisión de igual naturaleza. Por lo tanto, sus reglamentos deben tener en cuenta que sólo el órgano formado por todos los miembros de un colegio puede actuar como máxima instancia de poder, y que las decisiones han de tomarse haciendo uso del voto individual y consultando el principio de las mayorías.

Los colegios profesionales están facultados para desempeñar funciones públicas, las cuales también estarán sometidas al control por parte de las autoridades. Entre éstas cabe hacer referencia a la labor de servir como órgano consultivo del Estado y de ejercer el control ético de las actividades profesionales. De constituirse un tribunal de ética, el código aplicable ha de tener rango legal, puesto que ello implica una limitación a esta libertad, y deberá también respetar las garantías del debido proceso⁵.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-009, T-014, T-224, T-225, T-400, T-403, T-407, T-408, T-446, T-462, T-475, T-481, T-527, T-554, C-606, T-612.

1993

C-002, T-008, C-027, C-071, C-094, C-095, T-106, C-114, C-127, T-129, C-155A, C-177, T-186, C-209, T-219, SU-277, T-325, T-338, T-371, T-372, T-414, T-418, T-421, C-466, C-530, C-540, T-550.

1994

C-022, T-044, C-049, C-060, C-086, C-088, C-089, T-091, T-095, T-100, C-131, T-138, T-156, T-178, C-180, C-221, C-226, C-250, C-265, T-291, T-292, C-311, C-321, C-336, C-355, C-377, T-401, C-406, C-415, T-478, C-493, T-498, C-511, T-525, C-558, T-578, T-579.

1995

SU-044, T-074, C-088, T-102, C-106, T-209, T-237, C-254, C-259, C-280, T-308, C-376, T-388, T-426, T-443, T-516, T-554, T-607, T-624.

1996

C-021, C-049, C-068, T-150, C-176, C-191, T-223, T-240, C-307, C-340, C-366, C-426, T-463, C-492, T-515, T-533, C-542, T-574, C-597, C-619, C-625, C-658, T-704.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85, párr.85.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-606/92, MP. Ciro Angarita.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 23.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6.1. 2.

Declaración Americana, artículo XIV.

Artículo 27

*El Estado garantiza las
libertades de enseñanza,
aprendizaje, investigación
y cátedra.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 10, 20, 41, 65, 68, 69, 70, 85, 86, 93, 189, 214 n. 2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 25 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 10 y 15
Plenaria: junio 5, 10, 14, 28 y 29

LEGISLACION

Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992
Ley 72 de 1993
Ley 115 de 1994

1. Las libertades en el ámbito de la educación se alzan en la Modernidad contra el oscurantismo, el dogmatismo y los estados autoritarios de derecha y de izquierda. Sin contar con autonomía la educación no sería un proceso de formación de hombres libres sino una estrategia de adoctrinamiento y dominación. La educación no contribuiría a la construcción de la democracia, ni cumpliría con las exigencias propias del conocimiento si en todos sus procesos la libertad no fuera su *ethos*.

Enunciada como una obligación del Estado, el artículo 27 consagra el derecho-libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. La educación tiene como ambiente necesario la libertad de todos los que intervienen en ella. En esta materia el Estado no sólo tiene la obligación de impedir que otros interfieran su desenvolvimiento, sino que debe también abstenerse de cualquier intromisión arbitraria o infundada, en la estructura del sistema educativo oficial o en la educación privada.

2. La libertad de enseñanza, de la cual son sujetos los planteles educativos y los docentes, es manifestación del derecho a fundar establecimientos educativos (artículo 68 CP.) y de la autonomía educativa (artículo 69 CP.). En conexión con el primero, todo particular que cumpla con los requisitos de idoneidad para impartir educación está en el derecho de comunicar a otros sus conocimientos. Con base en la segunda, establecimientos educativos y docentes pueden decidir acerca del pensum académico que ofrecen y desarrollan. En este sentido se ha dicho que sancionar disciplinariamente a un docente por el hecho de impartir clases de educa-

ción sexual es violatorio de la libertad de enseñanza¹.

No obstante en el marco de un orden democrático como el que instaura la Carta del 91, la libertad de enseñanza tienen como directrices y límites las previsiones del artículo 67: el núcleo de la información, y sobre todo de la formación que se da a los estudiantes, está compuesto por los derechos humanos y los ideales de la paz y la democracia; con la educación se busca acceder al conocimiento, a la ciencia y a la técnica, y una apropiación de la cultura del trabajo y la recreación, y está orientada a lograr un progreso social equilibrado, en el cual el desarrollo cultural y material de cada uno y de la sociedad, y la preservación del ambiente, estén presentes. Es por ello que frente a derechos como la libertad de conciencia y de cultos la libertad de enseñanza ha de ceder, pues las instituciones educativas deben preguntar a los educandos o a sus padres si desean inscribir la asignatura de religión².

3. A su vez, aquel que aprende está en la libertad de tomar para sí o de no adoptar como propios los conocimientos que se le han puesto a consideración, así como también elegir una cierta metodología de aprendizaje³. En el régimen legal colombiano

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-440/92, MP. Eduardo Cifuentes.

² Corte Constitucional, Sentencia T-421/92, MP. Alejandro Martínez. Sobre este tema también puede verse la interesante argumentación del Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes a la Sentencia de la Corte Constitucional T-539A/93, MP. Carlos Gaviria.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-092/94, MP. Alejandro Martínez.

existe una especial figura que, en busca de pleno empleo y para proteger a las clases menos favorecidas, garantiza a las personas capacitación en determinadas labores y el pago de un salario, a cambio de su fuerza de trabajo⁴.

Libertad de enseñanza y aprendizaje, en un contexto de ejercicio y apropiación de los derechos humanos y las prácticas democráticas, hacen de la educación un ámbito de tolerancia y debate. La educación deja de ser concebida de esta manera como un proceso unilateral de imposición de opiniones. El lugar de quien enseña y de quien aprende puede ser tomado por unos y otros indistintamente, en una dinámica mutuamente enriquecedora. La Constitución de 1991 encierra una nueva pedagogía en la que, con base en el principio participativo, se destruye el esquema según el cual el docente es depositario del saber y los estudiantes apenas receptores del conocimiento.

4. La búsqueda o creación de nuevos conocimientos requieren de la plena libertad del investigador. La razón y la imaginación, la actualización de la tradición y la crítica sólo pueden existir y avanzar en medio de la libertad. Existe en el hombre una tendencia a la exploración y a la construcción de nuevos conocimientos, por lo que puede afirmarse que la libertad de investigación es una forma de desarrollo de la personalidad en lo que tiene que ver con la vocación intelectual o artística (artículo 16 CP). El amparo de la autonomía investigativa

no se debe solamente al objetivo de proteger la libertad individual sino que, en la medida en que en ella existe un interés colectivo por los avances que se puedan alcanzar en todas las esferas de la vida de la comunidad, la investigación tiene una función social y el Estado tiene el deber de estimularla (Artículo 69 CP.)⁵.

Colocada en el punto más avanzado del sistema educativo, la universidad dispone de los recursos para hacer avanzar política y materialmente la sociedad y el Estado a través de la creación de nuevos conocimientos. La dinámica universitaria debe ser objeto de estímulo y apoyo presupuestal y no de control y censura por parte de los gobiernos. Sin investigación la educación universitaria pierde sentido y con él su calidad, al reducirse a la espúrea repetición de datos y conceptos. Se obstaculiza la libertad de investigación cuando existe exceso o abandono en la dirección o en la orientación metodológica, o cuando no existen recursos suficientes o adecuados para realizarla⁶.

5. Del derecho a la libertad de cátedra son titulares los docentes de cualquier nivel de la educación y de cualquier especialidad. Con base en ella los profesores tienen derecho a adoptar los programas, decidir la forma en que se desarrollará la materia y los criterios de evaluación, sobre el supuesto de su preparación y de su idoneidad en el área. Así mismo pueden abordar los temas con completa independencia y llevar a cabo su discusión sin cortapisa alguna.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-009,
T-402, T-421, T-429,
T-440, T-450, T-488,
T-489, T-493, T-519,
T-524, T-532, T-604,
T-612.

1993

C-016, T-064, T-065,
T-123, T-172, T-186,
T-187, T-269, T-396,
C-530, T-574.

1994

C-022, T-092, C-134,
T-161, C-221, T-298,
C-311, T-314, T-539,
C-555.

1995

T-035, T-061, T-095,
C-151, T-211, C-225,
C-254, T-257, T-388,
T-515, T-527, T-573,
T-607.

1996

T-052, T-296,
C-337, C-378,
T-515, T-590.

⁴ El contrato de aprendizaje es de uso común en el SENA. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-254/95, MP. Fabio Morón.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-172/93, MP. José Gregorio Hernández.

⁶ Ibid.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículos 26 y 27.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.

Declaración Americana, artículo XII.

Convención Americana, artículo 12.4.

En caso de conflicto entre un establecimiento educativo que en ejercicio de la libertad de enseñanza quiera divulgar su ideario oficial a través de los docentes y la libertad de cátedra, no se puede obligar a un profesor a someterse a una determinada orientación ideológica, primando en tales casos la libertad de cátedra⁷.

No obstante, la libertad de cátedra requiere al mismo tiempo de responsabilidad en la definición de los temas, fundamentación de las ideas expuestas, y evaluación de su pertinencia y oportunidad, de acuerdo con el nivel cultural y académico de los estudiantes⁸.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-092/94, MP. Alejandro Martínez.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-493/92, MP. José Gregorio Hernández.

Artículo 28

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 29, 30, 32, 85, 86, 93, 186, 214 n.2, 377, transitorio 28.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

Artículos 23 y 28

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión I, artículos 2, 3, 4 y 5 (G.C., N° 83, pág. 3, col.2) y artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 8, col.1)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, cols. 2 y 3).
Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 3, col.3) y artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 20, col.1).
Comisión Codificadora, artículos 27 y 33 (G.C., N° 113, pág. 3) y artículo 116A (G.C., N° 113, pág. 8).

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 17, 18, 19 y 22.
Comisión IV: abril 17, 18 y 23.
Plenaria: junio 1, 5, 6, 8, 15, 19, 28 y 29.

LEGISLACION

Código Penal, artículos 1, 272, 273, 274 y 275
Ley 7 de 1992
Ley 15 de 1992
Ley 40 de 1993
Ley 57 de 1993
Ley 65 de 1993
Ley 67 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 80 de 1993, artículos 56 a 58
Ley 81 de 1993
Ley 146 de 1994
Ley 169 de 1994
Ley 173 de 1994

1. Fundamento de la democracia, la libertad personal cuenta con un régimen especial de protección en la Carta. La guarda de la libertad se realiza a través de la distribución entre los poderes del Estado de la facultad de restringirla. De esta manera, la Constitución asigna al Congreso el poder de definir, a través de la ley, los motivos por los cuales una persona puede ser privada de la libertad y las formalidades que deben cumplirse en tal evento. Y pone en manos de las autoridades judiciales la facultad de decidir en cada caso la imposición de medidas de privación de la libertad a través de un mandamiento escrito.

2. A pesar de ocupar un lugar central en la nueva Constitución, la libertad personal ha sido víctima de leyes paradójicamente dictadas a su amparo. El proceso de contrarreforma ha tenido en la disolución de las garantías de la libertad uno de más importantes triunfos. La bien intencionada pero inconveniente incorporación de la Fiscalía General de la Nación a la rama judicial y la interpretación no ponderada del artículo 250 n.1 —que atribuye a los fiscales la facultad de ordenar medidas de aseguramiento— dieron lugar a que el Nuevo Código de Procedimiento Penal pusiera en manos de los fiscales la facultad de ordenar la detención preventiva de las personas. Como era previsible, el interés por la eficacia en la persecución de los acusados y la ausencia de un espíritu democrático en la toma de las decisiones, han conducido a que los fiscales abusen de esta facultad, adoptando ordenes de captura sin que existan razones suficientes que las justifiquen¹.

¹ Esta distorsión o desbordamiento del sistema penal fue reconocida en 1994 por el en-

3. Adicionalmente, la competencia exclusiva de la rama judicial para ordenar la privación de la libertad ha sido desbordada para entregarla también al ejecutivo, y específicamente a los agentes de policía². Esta eventualidad ni siquiera era posible en el marco de la autoritaria Constitución de 1886, en la que la detención administrativa sólo estaba en manos del Presidente de la República y sus ministros, y sólo cuando existían graves motivos para temer la perturbación del orden público. Puesto que esta atribución condujo a innumerables abusos, y habiéndose formado una conciencia acerca del papel que históricamente tuvieron las detenciones arbitrarias practicadas por la fuerza pública como propiciadoras de graves violaciones a los derechos humanos, la Constituyente rechazó expresamente el artículo 28 de la anterior Constitución, y con éste, la supervivencia de cualquier tipo de detención administrativa en el ordenamiento constitucional colombiano.

Contra la letra de la Constitución, la Corte Constitucional halló en el inciso 2 de este artículo fundamento para establecer una excepción a la regla general consagrada en el inciso 1. Según la Corte, al prescribir la obligación de poner a las personas detenidas preventivamente a disposición del juez competente en un plazo determinado, la norma supone que los

tonces Fiscal General de la Nación Gustavo de Greiff, y sobre ella llamó la atención el Procurador General de la Nación de la época Carlos Gustavo Arrieta.

² Esta fue la conclusión que se derivó de un fallo de la Corte Constitucional que se ocupó de una demanda contra el Código Nacional de Policía. Sentencia C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

agentes de policía que practican la aprehensión física de la persona tienen por ello mismo la facultad jurídica para ordenarlo.

Tal interpretación no parece la más razonable. Lo que el inciso 2 del artículo 28 prevé es una garantía de la vida y la integridad de la persona, impidiendo que permanezca en poder de los miembros de la fuerza pública que practicaron una detención ordenada por la autoridad judicial competente. La Corte Constitucional halló en el funcionario que pone en práctica un procedimiento la capacidad jurídica para ordenar su realización, confundiendo la autoridad ejecutante con la autoridad depositaria de la decisión, las acciones con la facultad jurídica, y los hechos con el derecho.

4. El mismo pronunciamiento que halló constitucionales las detenciones administrativas se ocupó de limitar el ámbito de su vigencia. Partiendo del supuesto de que constitucionalmente se trata de una posibilidad excepcional, en primer lugar debe cumplir tres condiciones: a) que existan motivos fundados, es decir, un conjunto articulado de situaciones de hecho que permitan afirmar que probablemente la persona que se piensa detener participó en la realización de un delito - no basta la simple sospecha, ni la detención puede ser discriminatoria derivándose de una hostilidad a priori contra grupos marginados-; b) que la detención sea necesaria, o lo que es lo mismo, que de obtenerse una orden judicial ésta sea ineficaz; c) que sea una actuación proporcionada a la gravedad de los hechos, es decir que siendo la detención un hecho tan grave para el bien de la libertad, aquella

sólo puede darse cuando los hechos que le dan origen tengan una gravedad que así lo amerite.

En segundo lugar, la detención preventiva administrativa está sujeta a cuatro restricciones o garantías: a) tiene como único fin verificar la objetividad de los hechos que le dieron origen, es decir, establecer si la persona detenida ha sido en realidad partícipe de un delito; b) tiene un límite temporal que sólo puede ser lo estrictamente necesario para verificar los hechos que causaron la aprehensión; si se prolonga más de lo necesario el funcionario puede estar incurso en una infracción penal, inclusive si es por menos de 36 horas, límite máximo por el que puede permanecer una persona bajo la custodia de las fuerzas de policía antes de ser entregada al juez competente; c) la sentencia reitera la procedencia del *habeas corpus* para controlar la legalidad de la aprehensión y proteger la integridad del detenido, y d) se recuerda también el deber de las autoridades de dar un trato digno a la persona aprehendida, la que deberá ser informada de las razones de la detención, y de sus derechos constitucionales y legales, tales como el derecho a ser asistida por un abogado y el derecho a no declarar contra sí mismo³.

5. Tampoco el domicilio puede ser objeto de registros de no concurrir en su práctica tres condiciones ya enunciadas en relación con la privación de la libertad personal: la definición legal de los motivos, una orden escrita expedida por la autoridad judicial

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-011, T-401, T-436, T-439, T-444, T-455, T-474, T-487, T-490, T-492, T-502, T-531, C-557, T-568, T-611.

1993

C-002, T-009, C-019, C-027, C-032, C-034, C-094, T-121, C-127, T-162, C-165, C-171, C-175, C-176, C-207, T-212, C-214, C-301, T-308, T-336, T-338, T-349, T-358, C-411, C-412, C-415, C-486, C-504, T-511.

1994

T-007, C-008, C-020, C-024, C-038, C-041, C-063, C-069, C-106, C-131, T-135, T-161, C-176, C-179, T-206, T-210, C-212, T-217, T-218, T-219, C-221, C-240, T-242, C-273, T-277, C-300, C-309, C-310, C-313, C-395, T-401, C-549, T-579.

1995

T-015, T-022, T-032, C-038, T-061, T-094, C-106, C-141, T-237, T-261, T-272, T-300, C-345, T-418, T-454, C-489, T-506, C-536, T-578A, T-597, T-622.

1996

C-034, C-038, C-067, C-284, C-295, C-344, C-364, C-431, C-582, C-597, C-628, C-657, C-689.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículos 9 y 12.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9, 11 y 17.

Declaración Americana, artículos 9 y 25.

Convención Americana, artículo 7.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 33.2.a y 75.3.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 5.

competente, y el acatamiento de las formalidades legales. Se ha permitido a las autoridades de policía la práctica de allanamientos sin orden judicial pero sólo en el caso que una persona descubierta en flagrancia y perseguida por las autoridades, corra y se refugie en un local⁴.

6. Nuevos límites a la potestad punitiva del Estado fueron consignados en la norma constitucional comentada. No puede privarse de la libertad a una persona por haber incurrido en el incumplimiento de obligaciones civiles. Con esta cláusula las sociedades demoliberales rompieron con una institución feudal que colocaba los intereses económicos por encima de la libertad. La prolongación indefinida de las medidas de seguridad y de las penas es también contraria a una concepción humanista de las facultades sancionatorias del Estado,⁵ pues a la imposición de un castigo a quienes violan la ley le es inherente la búsqueda de su rehabilitación, lo que excluye sujetar a una persona a una pena por el resto de su vida. Con todo, cabe distinguir el derecho a la prescriptibilidad de la pena y de las medidas de seguridad, de la admisible imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la gravedad de delitos como la desaparición forzada de personas.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-401/92, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 29

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 12, 30, 31, 33, 34, 35, 53, 58, 85, 86, 93, 175, 214 n.2, 242, 243, 244, 250, 251, 252, 256 ns. 3 y 6, 265, 268 n.5, 277 n.6, 278 ns. 1, 2 y 5, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 26

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 2) y artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 3)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, cols. 1, 2 y 3)
Primer Debate, artículo 9 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 28 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 19, 22, 23 y 25.
Comisión IV: abril 11, 15, 16, 17 y 18.
Plenaria: junio 1, 3, 5, 8, 15, 19, 28 y 29.

1. Al acordar en el texto constitucional los derechos humanos como reglas de convivencia, los individuos se obligan a la vez a respetarlas. Su violación, cuando es especialmente grave, conduce a que esa conducta sea definida como delito o da lugar a sanciones administrativas. Frente a la atribución del Estado de imponer castigos, las personas tienen derecho a que tanto en la definición de los eventos que dan lugar a una sanción, como en las actuaciones tendientes al establecimiento de las responsabilidades, se cumplan ciertos requisitos. Ello con el fin de hacer que el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado no sea arbitraria y respete la dignidad de las personas y todos sus derechos, los cuales no se pierden por el hecho de ser objeto de una acusación. De esta manera puede lograrse que una persona no sea castigada sino en los eventos en que sea admisible en una sociedad democrática y sólo cuando verdaderamente sea responsable.

2. Las personas tienen derecho, primero que todo, a que sólo sean sancionadas por faltas definidas con anterioridad a la ocurrencia de los hechos de que se los acusa. De esta manera quedan consagrados la irretroactividad de la ley penal y el principio de legalidad del delito. Este tiene en el principio de tipicidad su desarrollo necesario. Las conductas que pueden llevar a la imposición de una pena deben ser definidas de forma clara y precisa, de tal manera que no sea posible confundirlas con hechos similares que constituyen otro delito o que no sean objeto de castigo¹.

¹ Una norma que da lugar a su crítica por su redacción ambigua es la que define el delito de terrorismo. Original del Estatuto para la

3. Una persona acusada tiene derecho a ser juzgada por el juez que previamente haya sido encargado de tal función por la Constitución y la ley. La Carta Fundamental definió los jueces que de manera ordinaria han de ocuparse del juzgamiento de los delitos al establecer la jurisdicción común y excluir en su artículo 252 la formación de jurisdicciones especiales, distintas a las de las autoridades indígenas y los jueces de paz, inclusive durante los estados de excepción. La jurisdicción ordinaria o el juez natural no pueden ser remplazados por otros asignados especialmente a un caso o al juzgamiento de cierto género de delitos. Desde luego, la jurisdicción ordinaria no puede ser sustituida por las cortes militares, ni siquiera durante los estados de excepción (artículo 213 CP.)². Dentro de la estructura y las jerarquías de la jurisdicción ordinaria, el juez declarado competente por la ley para juzgar un delito tampoco puede ser despojado de su función para encomendársela a otro.

4. En todo juicio deben seguirse cada uno de los pasos que constituyen el proceso y cumplirse a cabalidad con las formas prescritas para su desarrollo. El procedimiento ha de respetarse plenamente tanto para garan-

Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), expedido en uso de las facultades del estado de sitio, fue convertido en legislación permanente por la Asamblea Especial Legislativa o Congresito. Este tipo penal ha dado lugar a la penalización de hechos de protesta social.

² La inicialmente llamada Jurisdicción Especial de Orden Público, que luego fue nuevamente nombrada como Jurisdicción Regional, constituye una clara violación del derecho constitucional al juez natural.

tizar los derechos de los cuales es titular el acusado, como para lograr el restablecimiento de los derechos desconocidos y del orden constitucional.

En la tradición jurídica colombiana el proyecto de la Modernidad de hacer del derecho la regla de la sociedad y el Estado, se desvió hacia el culto de la forma en cuanto forma, hacia el formalismo jurídico que niega los derechos. Paradójicamente, cuando la forma es garantía de los derechos, como en el caso en estudio del derecho a un debido proceso, se acostumbra pasar por encima de ella y burlar la ley. La plenitud de las formas, al obrar como salvaguarda de la dignidad humana y sus derechos, ha de ser defendida y respetada. En otro contexto, cuando la formalidad es obstáculo a la realización de los derechos, han de regir los principios de la efectividad de los derechos (artículo 1 CP.) y de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 CP.).

5. En una sociedad fundada en el desarrollo y el respeto de la dignidad humana, el derecho penal ha de ser también humanista y benigno. Por ello la Constitución consagra el derecho de los procesados a que les sea aplicada la ley más favorable, aun cuando haya entrado en vigencia con posterioridad a la comisión de los hechos por los que se les ha encausado. El principio de favorabilidad rige en relación con las leyes sustanciales y con las normas procesales, pues la Constitución no hace aquí distinción alguna. En ningún caso podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito³.

³ Convención Americana, artículo 9.

6. Mientras no se profiera sentencia condenatoria ninguna persona puede ser tenida como delincuente. Los particulares, los medios de comunicación y las autoridades, entre ellos el fiscal y el juez del proceso, deben actuar respecto a la persona sometida a investigación o juzgamiento teniendo siempre en cuenta que se trata de una persona todavía inocente. La presunción de inocencia impide que se llame delincuente o se prejuzgue a alguien que no ha sido condenado. El artículo 248 CP. sólo admite como antecedentes penales y contravencionales las sentencias judiciales definitivas.

7. Quien sea objeto de una acusación tiene derecho a actuar para desvirtuarla, contravirtiendo las pruebas o presentando otras a su favor, o impugnando mediante los recursos las actuaciones que considere injustas o ilegales. Tiene derecho a nombrar libremente un abogado para que lo asista durante todo el proceso, es decir desde el inicio de la etapa de la investigación y hasta cuando concluya el juzgamiento, y en todo caso cuando sea objeto de un interrogatorio. Siendo la independencia de los abogados elemento básico del derecho de defensa,⁴ el abogado debe poder actuar sin restricción o presión indebida alguna. En caso de que no se nombre un abogado o sea imposible hacerlo, el sindicado tiene derecho a que el

⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU. Comentario General 13, párr. 9, citado por Daniel O'Donnell, op. cit. pág. 178. Vide *Principios sobre la independencia de jueces y abogados*. Para el conocimiento del panorama de los efectos que ha tenido la violencia sobre jueces y abogados en Colombia en los últimos años ver Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, *Justicia para la Justicia*, Bogotá, CAJSC, 1992.

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículos 1 a 22, especialmente:
Ley 7 de 1992
Ley 15 de 1992
Ley 30 de 1992, artículos 48 a 52
Ley 40 de 1993
Ley 57 de 1993
Ley 58 de 1993
Ley 65 de 1993
Ley 67 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 80 de 1993, artículos 56 a 58
Ley 81 de 1993
Ley 137 de 1994
Ley 144 de 1994
Ley 146 de 1994
Ley 148 de 1994
Ley 169 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-006, T-009, T-011, T-402, T-411, T-419, T-429, T-436, T-438, T-440, T-441, T-444, T-460, T-463, T-474, T-476, C-479, T-490, T-494, T-498, T-500, T-519, T-520, T-521, T-525, T-531, T-540, C-543, T-554, C-557, C-561, T-572, T-581, T-582, T-584, C-587, T-595, T-596, T-597, T-601, C-606.

1993
C-002, C-007, T-008, T-009, T-011, C-019, T-022, C-025, C-032, T-043, T-046, T-049, C-053, C-054, C-055, C-059, T-063, C-066, C-070, T-079, T-081, T-090, C-094, C-104, C-105, T-109, T-118, T-120, T-121, T-123, C-127, T-140, C-143,

T-145, T-156, T-162, T-173, T-174, C-175, C-176, T-187, T-189, C-195, T-198, T-199, T-202, C-207, T-211, C-214, T-225, C-226, T-230, T-238, T-290, T-291, C-301, T-307, T-319, T-320, T-332, C-337, T-341, T-347, T-360, T-361, C-364, T-368, T-375, T-380, T-381, C-390, T-396, T-399, C-411, C-412, T-413, T-414, C-415, T-420, T-424, T-438, T-440, T-450, C-467, T-482, C-486, C-501, C-504, C-546, T-575, T-577, C-591.

1994

T-007, C-020, C-024, T-032, T-034, T-043, C-046, T-055, C-060, C-063, C-072, C-089, T-096, T-097, T-101, C-106, C-131, C-134, C-145, C-176, C-179, C-200, T-203, T-210, C-212, T-217, C-221, C-225, T-227, T-231, C-250, T-254, T-258, C-273, T-275, T-283, T-291, T-293, T-294, T-295, C-300, T-303, C-309, C-310, C-313, T-314, T-327, T-329, T-331, T-341, C-349, T-354, C-365, C-371, C-395, T-398, T-419, C-426, T-435, T-438, T-445, T-448, T-449, T-450, T-456, T-461, C-472, T-483, T-486, C-496, T-499, T-505, T-518, C-527, T-538, T-550, C-558, T-570, T-572, T-574, T-579.

1995

T-006, T-012, T-007, T-022, C-029, C-038, SU-044, T-067, C-071, T-094, T-099, C-106, T-114, T-119, C-127, C-140, C-141, T-142, T-146, C-153, T-155, C-166, C-168, C-180, T-185, T-190, T-199, T-212, T-219, T-233, T-234, T-237, C-247,

funcionario judicial que conduzca la causa designe uno de oficio, encargo que es obligatorio y que no implica erogación pecuniaria alguna al sindicado (a la Defensoría del Pueblo se le ha encargado como obligación general la defensa de oficio de los acusados).

8. El acusado tiene derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, a interrogar a los testigos de descargo,⁵ y a comunicarse libre y privadamente con su defensor⁶. Así mismo, el acceso a documentos que el sindicado necesite para su defensa y que estén en manos del fiscal o de la policía hace parte del derecho de defensa, inclusive durante la etapa de la investigación⁷. El inculcado tiene también el derecho a conocer de qué se le acusa y a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende el idioma⁸.

9. El desarrollo del proceso ha de ser siempre público, es decir de libre conocimiento de la sociedad. La sociedad moderna se ha reservado la posibilidad de conocer la forma en que el Estado lleva adelante los procesos de juzgamiento de las personas. Ello

es garantía del respeto de los derechos de los acusados y del interés común en que realmente se imparta justicia. La publicidad del proceso admite limitaciones como la reserva del sumario. También puede excluirse a la prensa y al público del recinto donde se desarrolla el juicio por razones de orden público en una sociedad democrática, o la protección de la vida privada de las partes⁹. Pero esta prerrogativa sólo debe estar en manos del tribunal que adelanta cada proceso y en consideración de las especiales circunstancias de la causa. Con todo, los documentos y pruebas no pueden estar en ningún caso vedados al sindicado y a su defensor, por lo que pruebas, testigos y expedientes secretos, hoy admisibles en la Jurisdicción Regional, son violatorios de la Constitución y los tratados internacionales.

10. Las personas tienen derecho a que se decida con prontitud acerca de la justicia de una acusación penal en su contra. Fundada en el principio de celeridad, la justicia debe obrar con prontitud con el fin de intervenir con la menor intensidad posible en el ámbito de la libertad de los individuos. El derecho a que no existan dilaciones indebidas da fundamento a la sanción de los funcionarios negligentes y al levantamiento de medidas de aseguramiento¹⁰. De especial impor-

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3. b y c, y Convención Americana, artículo 8.2. c y f.

⁶ Convención Americana, artículo 8.2.d.

⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comentario 13, párr. 9. y D.F. c. Noruega, párr. 5.5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Chile* (1985), pág. 208, párr. 171, citados por Daniel O'Donnell, op. cit, págs. 175 y 176.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3. a y f, y Convención Americana, artículo 8.2. a y b.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1.

¹⁰ Este es el origen de la definición del paso del tiempo sin calificación del sumario como causal de libertad provisional (Código de Procedimiento Penal, artículo 415 n.4 y Parágrafo). La lenta y perceptible ineficacia de la justicia regional y de los fiscales instructores han conducido a la crisis del nuevo modelo de justicia, pues en dos ocasiones se

tancia es este derecho en el contexto de una justicia lenta e ineficaz como la colombiana. Este debe ser un elemento que contribuya a superar la situación actual en la que la mayoría de las personas que permanecen en las cárceles no han sido condenadas.

11. Toda persona condenada tiene derecho a oponerse a la sentencia y a acudir ante el juez de superior jerarquía a aquel que la profirió, con el fin de hacer que la considere de nuevo y eventualmente revise su contenido. Por cuanto los jueces no son infalibles y la sentencia condenatoria afecta el principio y el derecho fundamental a la libertad, la Constitución establece la posibilidad de recurrir a su impugnación. En el desarrollo de la nueva instancia a que da origen la apelación el condenado está también en posesión de todas las garantías judiciales. La impugnación de la sentencia puede estar basada en razones de hecho como de derecho y en vicios procesales, y no debe estar sometida a requisitos excesivos ni a plazos demasiado cortos para su interposición¹¹.

12. Los poderes y las prerrogativas del Estado para la persecución de los delitos deben ser usados de manera tal que sólo interfieran en grado mínimo la órbita de la libertad personal. Por ello, en caso de que el proceso concluya con una decisión absolutoria, quien

hubiere sido sindicado tiene derecho a no ser juzgado de nuevo por los mismos hechos.

13. Si son traídas al proceso pruebas obtenidas con violación de alguno de los derechos que constituyen el debido proceso, éstas pierden toda validez y no pueden ser tenidas en cuenta por las autoridades judiciales para fundar sus decisiones. Es también violatorio del debido proceso la obtención de pruebas a través del sometimiento de la persona a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 CP.), o sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para la interceptación de correspondencia, o para el allanamiento del domicilio (artículos 15 y 28 CP.), u obligando a la persona a declarar contra sí mismo o contra alguna de las personas indicadas por el artículo 33 de la Constitución. Además de aquellas pruebas obtenidas con violación de cualquier norma constitucional pertinente, son también nulas las pruebas que desconozcan las normas legales sobre el debido proceso.

T-260, C-259, T-275, T-278, T-279, T-285, T-288, T-286, T-289, C-294, T-298, T-303, T-321, T-325, T-326, SU-327, T-334, T-340, C-345, T-347, T-348, T-403, C-406, T-410, T-412, C-421, T-424, T-425, T-427, C-429, C-431, T-433, C-444, C-449, T-455, T-456, T-467, T-476, T-477, C-480, C-481, C-491, T-500, T-502A, C-508, T-543, T-546, T-547, T-548, T-556, T-581, SU-598, T-600, T-611, T-623

1996

C-004, T-013, C-019, T-030, T-039, T-043, C-049, C-056, C-057, C-060, C-067, C-070, C-072, T-074, T-076, C-097, C-102, T-106, T-123, C-155, T-184, C-186, C-188, C-190, C-193, C-217, C-218, T-238, C-243, SU-256, T-268, T-278, C-280, T-296, T-299, T-304, C-319, T-322, T-324, T-329, C-338, C-339, C-364, C-388, C-425, C-427, C-430, C-431, C-434, C-445, C-449, C-450, C-488, T-506, C-531, C-541, C-542, T-576, T-577, C-597, C-609, C-617, C-619, C-625, C-626, C-627, C-631, C-657, C-666, T-668, C-683, C-684, C-686, C-689, C-690, C-709, C-710.

ha recurrido a la expedición de medidas de excepción para prolongar los términos de calificación del mérito de la investigación.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Nicaragua* (1981), págs. 82 y 83, párrs. 19-21. *Informe Panamá* (1978), pág. 61. *Informe Nicaragua* (1978), pág. 64, citados por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 184.

**- NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículos 10 y 11.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 15.

Declaración Americana, artículo XXVI.

Convención Americana, artículos 8, 9 y 10.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 42.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 32.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 75.4.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 6.

Artículo 30

*Quien estuviere privado de
su libertad, y creyere
estarlo ilegalmente, tiene
derecho a invocar ante
cualquier autoridad
judicial, en todo tiempo,
por sí o por interpuesta
persona, el Habeas
Corpus, el cual debe
resolverse en el término de
treinta y seis horas.*

1. El *habeas corpus* es una de las primeras conquistas de la democracia en su lucha contra la arbitrariedad pues hizo parte de la Carta Magna de 1215 y del Fuero de Vizcaya de 1527, y es señalado como uno de los primeros antecedentes de la positivización de los derechos humanos en los ordenamientos legales. La importancia del *habeas corpus* reside en el objeto de su función, como es la de salvaguardar uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: la libertad individual. Sin la existencia de un mecanismo que permita el restablecimiento de la libertad en caso de ser afectada de manera ilegal, la libertad no pasaría de ser un postulado formal. Por su parte, la vigencia del Estado de derecho depende de la existencia de mecanismos eficaces de protección de las libertades y del sometimiento de las autoridades a los límites señalados por la ley.

2. El control de las actuaciones de la administración que lesionan la libertad personal, desarrolla el principio de la separación de poderes y da a las autoridades judiciales el encargo de ser garantes de los derechos de los asociados. No era concordante con el significado de este mecanismo de protección de los derechos, su vigencia apenas legal en Colombia, por lo que su reconocimiento constitucional estaba en mora de realizarse. A ello también contribuyó la conciencia que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente de la necesidad de procurar el cabal respeto de la libertad y del mismo *habeas corpus*, desconocidos una y otra vez por la actuación de los miembros de la fuerza pública¹ y por

los decretos de estado de sitio. Así, rama judicial y declaración constitucional confluyen en la garantía de la libertad, como respuesta a un pasado histórico de arbitrariedad todavía no superado.

3. El *habeas corpus* es el instrumento judicial con que las personas pueden oponerse a la privación de la libertad que no se ajuste a las normas constitucionales y legales, o que se prolongue de manera ilícita. De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución nadie puede ser detenido sino por las causas que haya definido previamente la ley, por orden de la autoridad judicial competente y con las formalidades prescritas. Constitucionalizada la detención administrativa a partir de la interpretación del inciso 2 del artículo 28 CP., el *habeas corpus* puede también interponerse cuando no se cumplan los requisitos de que habla la sentencia de la Corte Constitucional C-024/94, MP. Alejandro Martínez. De igual forma, si una persona es aprehendida por fuera de las circunstancias que constituyen la flagrancia previstas por el artículo 32 de la Constitución, o cuando no es conducida de manera inmediata ante un juez o cuando no se realiza el requerimiento para penetrar en domicilio distinto al de la persona perseguida.

La indebida prolongación de la privación de la libertad puede darse cuando la captura ya ha cumplido su finalidad, si la persona no es puesta a disposición de la autoridad competente dentro del término previsto, si vencen los términos para realizar deter-

¹ Entre 1970 y 1989 se registraron 74.338 capturas ilegales. Comisión Andina de Juristas

Seccional Colombiana, *Derechos humanos y conflicto armado en Colombia*, Bogotá, CAJSC, 1991, págs. 12 y 13.

minadas actuaciones, si ha transcurrido el término señalado para la privación de la libertad o cuando se intenta convalidar capturas ilegales².

4. El *habeas corpus* rige aun durante los estados de excepción, en concordancia con la interpretación que hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del artículo 27.2 de la Convención Americana, acerca de la inclusión del *habeas corpus* dentro de las garantías judiciales no limitables durante los estados de excepción³. Así mismo la Ley estatutaria de los estados de excepción contempla el *habeas corpus* dentro de los derechos intangibles durante los períodos de anormalidad jurídica⁴. Enfatizando la protección de este derecho y con la intención de evitar la reducción del número de los jueces competentes para conocer de éste —como lo han dispuesto en el pasado normas de estado de sitio—⁵ la Constitución permite interponer el *habeas corpus* ante cualquier autoridad judicial. Sin embargo se ha introducido en el ámbito de la justicia de orden público una restricción al *habeas corpus* inclusive en épocas de normalidad: éste ha de ser interpuesto dentro del proceso del cual se derivó la privación de la libertad de la persona⁶. Desconociendo el carácter intangible del

habeas corpus, pues reduce el número de jueces competentes para conocerlo, y contrariando su naturaleza de mecanismo externo de control de las decisiones de las autoridades judiciales⁷, la decisión da lugar a una restricción de este derecho que no consulta el espíritu del nuevo ordenamiento constitucional.

5. La celeridad propia del *habeas corpus*, que antepone la salvaguarda de la libertad a las formalidades procesales, excluye la obligatoriedad de la intervención de un abogado para su presentación y si éste actúa, del otorgamiento de poder; permite también ser interpuesto por la víctima o por un tercero, que no requiere ser mayor de edad, y también por el Defensor del Pueblo. Además, para que sea un mecanismo realmente efectivo, debe decidirse en un término de treinta y seis horas, previsión que evita la reedición de las normas de excepción que como las antes citadas, dilataban su trámite hasta hacerlo ineficaz.

6. Siendo la detención, legal o ilegal, circunstancia propicia en nuestro medio para la violación de los derechos a la vida y la integridad personal⁸, el *habeas corpus* se convierte en instrumento de lucha en contra de la desaparición forzada, las torturas y las ejecuciones sumarias⁹. Con tal fin los jueces pueden hacer uso de la facultad de “interrogar directamente a la persona capturada” que les otorga el

² Jaime Bernal Cuéllary Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, págs. 116 a 126.

³ *Opinión Consultiva* 8/87, párr. 43.

⁴ Ley 137 de 1994, artículo 4.

⁵ Decreto 180 de 1988, artículo 2 y Decreto 2790 de 1990, artículos 62 y 70, modificado por el Decreto 099 de 1991.

⁶ Ley 15 de 1992, artículo 2, que convierte en legislación permanente el artículo 3 del Decreto 1156 de 1992, dictado en uso de los poderes de la conmoción interior.

⁷ Jaime Bernal Cuéllary Eduardo Montealegre Lynett, op. cit., pág. 111.

⁸ Vide. Procuraduría General de la Nación. *Informe sobre derechos humanos*, Bogotá, 1991, pág. 53.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* 8/87, párr. 35.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 28, 29, 31, 32, 33, 40 n. 6, 85, 86, 93, 113, 214 n. 2, 282 n. 3 y 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 3)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 28, col. 1)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 29 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 6, abril 8, 17 y 25
Comisión IV: abril 11, 18 y 22.
Plenaria: junio 1, 5, 15, 19, 28 y 29.

LEGISLACION

Código Penal, artículo 275
Código de Procedimiento Penal, artículos 5, 430 a 437
Ley 15 de 1992
Ley 24 de 1992
Ley 65 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994
Código Nacional de Policía, artículo 71.

JURISPRUDENCIA

**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-436, T-459, T-474,
T-490, T-508, C-541,
C-557.

1993

C-019, T-046, C-059,
C-093, C-114, C-127,
C-142, C-150, C-275,
C-301, T-351.

1994

C-010, C-020, C-176,
T-242, C-300, T-434,
C-496.

1995

C-141

1996

C-657

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políti-
cos, artículo 9.4.
Declaración Americana,
artículo 25.
Convención Americana,
artículo 7.6.

artículo 433 CPP., mediante la cual pueden tener acceso al cuerpo de la persona.

7. La tutela es improcedente cuando se trata de controvertir una detención ilegal. Sin embargo, en cuanto derecho fundamental, el *habeas corpus* puede ser objeto de tutela. Ello es posible cuando se presentan restricciones de hecho -como cuando el juez ante quien se invocó se abstiene de resolverlo-, cuando el *habeas corpus* no es decidido dentro del término prescrito, cuando sin fundamento la decisión es desfavorable al detenido, o cuando se pretende hacer inocuo el *habeas corpus* enmendando las actuaciones ilegales que dieron lugar a su interposición. En este último caso el *habeas corpus* prevalece por encima de toda orden de privación de la libertad que se expida luego de la interposición del recurso¹⁰.

Por el contrario, el auto que concede el *habeas corpus* es inapelable, de acuerdo con el artículo 437 CPP. En sentencia que respaldó la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional concluyó que la inimpugnabilidad del auto que concede el *habeas corpus* no lo limita, puesto que éste es “un derecho de la persona y no una garantía en favor de las instituciones”, lo cual lleva a concluir que no existe legitimación alguna para intentar su impugnación. El auto que niega el *habeas corpus* es apelable conforme al régimen de procedimiento penal que establece la procedencia de la apelación de todos los autos interlocutorios, con las excepciones que establezca la ley (artí-

culos 16 y 102 CPP.) ninguna de las cuales se da en la hipótesis estudiada¹¹.

8. El reconocimiento constitucional del *habeas corpus* como derecho no se limita a este artículo. En cuanto mecanismo de control material de la Constitución, el *habeas corpus* es una de las acciones públicas de defensa de la Constitución que hace parte del sistema integral de control de constitucionalidad colombiano¹² y que fueron contempladas en el artículo 40 n.6 CP.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-496/93, MP. Alejandro Martínez.

¹² Ver Manuel Gaona Cruz, *Control y reforma de la Constitución en Colombia*, Tomo II, Bogotá, Ministerio de Justicia-Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pág. 53.

¹⁰ Vide. Corte Constitucional, Sentencia T-046/93, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 31

*Toda sentencia judicial
podrá ser apelada o
consultada, salvo las excep-
ciones que consagre la ley.*

*El superior no podrá
agravar la pena impuesta
cuando el condenado sea
apelante único.*

1. El derecho a apelar las sentencias y el derecho a que no se agrave la sanción cuando el condenado sea el apelante único o prohibición de la *reformatio in pejus*, son dos garantías judiciales básicas que hacen parte del debido proceso.

Siendo común que el principio de la doble instancia no fuera garantizado por cuanto no se le consideraba parte del debido proceso¹, el Constituyente consideró conveniente su declaración constitucional (artículos 29 inciso 4 y 31). Teniendo en cuenta que las sentencias judiciales implican por lo general una limitación de los derechos en la nueva Constitución se contempla una garantía adicional con el objetivo de verificar que la decisión adoptada sea justa, por motivo de la relevancia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, entre ellos la libertad. Puesto que tiene como fin esencial la eficacia de los derechos, el Estado debe someter a verificación las decisiones definitivas de las autoridades judiciales cuando así se le solicite –en el caso de la formulación de la apelación– o de oficio cuando no exista una solicitud de revisión pero la protección de intereses relevantes en una sociedad democrática lo aconseje –es la hipótesis de la consulta–. De esta manera, en busca de la garantía de los derechos, las partes en el proceso o el Estado se cercioran de que las actuaciones judiciales se ajusten a la legalidad tanto desde el punto de vista sustancial como formal.

2. Las personas eventualmente afectadas por el fallo, como puede serlo el acusado y la parte civil, tienen la

facultad de acudir ante el inmediato superior de la autoridad que tomó la decisión para que la revise, teniendo en cuenta las razones y las pruebas que invoca. Otras partes procesales, como el Ministerio Público y la Fiscalía, pueden controvertir la decisión pero no en ejercicio de un derecho sino en uso de sus atribuciones constitucionales y legales.

3. La actuación del superior supone la vigencia del principio de autonomía de los funcionarios judiciales, incluyendo a los fiscales. Si quien tiene a su cargo el trámite de la segunda instancia puede determinar desde un principio el sentido de las decisiones de quienes fallan en primera instancia, la apelación se convertiría en una mera ilusión. Esta condición no se ha cumplido a cabalidad en la Fiscalía General de la Nación, debido a la jerarquización de los fiscales derivada del carácter administrativo de la entidad.

4. La Constitución prevé en el inciso 4 del artículo 29 que las sentencias condenatorias “siempre”² sean impugnables. Fortaleciendo la vigencia del principio de la doble instancia en el campo del derecho penal, los tratados internacionales de derechos humanos prescriben que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.³ Por lo tanto, en concordancia con las normas internacionales (artículo 93 CP.), la previsión del artículo 31 de la Constitución de

¹ Ver Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de junio de 1991, MP. Jaime Sanín.

² Ver Corte Constitucional, Sentencia C-019/93, MP. Ciro Angarita.

³ Convención Americana, artículo 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.5.

acuerdo con la cual la ley puede establecer excepciones a la vigencia del principio de la doble instancia, debe interpretarse en el sentido de que sólo se refiere a la consulta y no al derecho a la apelación.

Así, la Constitución establece que por regla general las sentencias judiciales están sujetas a consulta y que sólo de manera excepcional la ley podrá establecer los casos en que no proceda. Esta facultad no es discrecional, sino que debe ejercerse dentro de los límites derivados del orden constitucional considerado en su integridad. No sería admisible la restricción de la consulta cuando en el proceso se decida sobre intereses o bienes jurídicos que tengan una especial importancia en el ordenamiento constitucional y legal, o que impliquen una fuerte limitación de los derechos.

5. Siguiendo la norma constitucional de acuerdo con la cual los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno, la Corte Constitucional entendió que la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, la cual reconoce el derecho a la impugnación (Ley 12 de 1991, artículo 37) modificaba el Código del Menor (Decreto 2737 de 1987, artículo 167), que establecía la única instancia para los procesos de menores. Ello condujo en el ordenamiento legal colombiano a que cuando de la sentencia se derive la privación de la libertad del menor, opere el derecho a la apelación.⁴

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-019/93, MP. Ciro Angarita. La apelación se surtirá ante la Sala de Familia de los tribunales superiores, según lo estableció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en su Auto del 13 de mayo de 1992.

6. Desarrollo del principio de la doble instancia, la consulta no es propiamente un recurso sino un mecanismo automático que remite al superior la verificación de la legalidad de una sentencia. En caso de la concurrencia de la posibilidad de apelar y de la consulta, esta última se surtirá sólo cuando no se interponga recurso alguno (artículo 206 CPP.).

7. Para el trámite de la segunda instancia y como límite al poder sancionador del Estado, el Constituyente estableció el derecho a que la sanción no sea agravada cuando la persona afectada sea apelante único, todo ello en desarrollo del derecho al debido proceso y de los principios de favorabilidad y de congruencia procesal, pues el juez de segunda instancia tiene por límites de su fallo las pretensiones del apelante-. Tal prohibición se deriva también del derecho de defensa, pues éste quedaría desprotegido debido a la imposibilidad del apelante de controvertir los motivos de una decisión que desmejora su situación jurídica, pues toda su intervención en ese momento procesal se orienta a solicitar que la decisión de primera instancia sea modificada en su favor.⁵

Existe apelante único no sólo cuando una sola de las partes procesales se oponga a la decisión de primera instancia. Se da también este supuesto cuando, a pesar de la presencia de más de un apelante como en el caso en que los varios condenados apelan juntos la sentencia,⁶ con-

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-474/92, MP. Eduardo Cifuentes.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 13 de agosto de 1991, MP. Ricardo Calvete.

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, col. 1)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 30 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión IV: abril 11, 15, 16 y 17.
Plenaria: junio 1, 3, 5, 15, y 28.

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículos 16, 17 y 202 a 217
Ley 81 de 1993

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-006, T-413, T-419,
T-436, T-442, T-474,
T-490, T-496, T-503,
C-541, C-543, T-550.

1993

C-019, C-055, C-093,
C-127, C-142, C-150,
T-173, T-291, T-320,
C-345, T-368, C-390,
C-504, T-575, T-596.

1994

T-032, T-051, C-176,
T-231, T-275, T-289,
C-351, C-365, C-394,
C-395, T-470, C-496,
C-557, C-558, T-570.

1995

T-098, C-140, C-141,
T-146, C-153, T-155,
C-179, T-190, T-212,
T-219, T-233, T-234,
T-249, T-278, T-285,
T-289, SU-327, C-406,
T-410, C-446, T-500,
T-578A, SU-598.

1996

T-001, T-039, T-043,
C-056, C-058, T-076,
C-280, T-329, C-338,
C-385, T-400, T-555.**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Convención Americana,
artículo 8.2.h.
Pacto Internacional de De-
rechos Civiles y Políticos,
artículo 14.5.
Convención Internacional
sobre los Derechos de los
Niños, artículo 37.
Reglas mínimas de Nacio-
nes Unidas sobre la admi-
nistración de justicia de
menores.

siderando la naturaleza de las preten-
siones se concluye que sólo uno de
ellas se dirige contra la pena y la otra
sólo controvierta los perjuicios eco-
nómicos⁷. Así mismo, ha dicho la Corte
Constitucional que la prohibición de
la *reformatio in pejus* tiene aplicación
no sólo respecto a las sentencias dic-
tadas luego de la vigencia de la Con-
stitución de 1991, sino también sobre
los efectos de las sentencias proferi-
das bajo la vigencia de la anterior
Constitución. De esta manera, si des-
pués de la entrada en vigencia de la
nueva Carta, una persona sigue estando
afectada en sus derechos por una
agravación de la pena derivada de una
sentencia de segunda instancia, pue-
de acudir ante el juez de ejecución de
penas o ante quien haga sus veces para
que ordene la cesación de la aplica-
ción de la pena en lo que excede a la
inicialmente impuesta.

La prohibición de la *reformatio
in pejus* opera también en el caso de
la consulta pues ésta puede surtirse
en beneficio de una persona en par-
ticular, la cual podría resultar afecta-
da por la revisión de la sentencia. En
desarrollo de este principio general,
el Código Procesal del Trabajo (artícu-
los 69 y 87) considera como causal de
casación el que en segunda instancia
se agrave la situación de aquel en cuyo
favor se surtió la consulta, como pue-
de serlo el trabajador que enfrenta una
sentencia totalmente adversa a sus
pretensiones. Contradiendo esta dis-
posición legal ha dicho la Corte Con-
stitucional, que la prohibición de la
reformatio in pejus no rige en el trámi-
te de la consulta, por cuanto en ella
no existe apelante alguno⁸.

⁷Ibid.⁸Corte Constitucional, Sentencias C-055/93,

8. Con ocasión de la declaratoria
de inconstitucionalidad de una nor-
ma del Código Penal Militar (Decreto
2550 de 1988, artículo 430) que admi-
tía la *reformatio in pejus*, la Corte
Constitucional dijo que el derecho de
apelación y la consulta son aplicables
en todas las decisiones judiciales, por
cuanto en las distintas jurisdicciones
puede existir una persona afectada e
inconforme con la sentencia proferi-
da, como es el caso del área civil (ar-
tículo 357 CPC.) y laboral (artículo 87
del Código Procesal del Trabajo)⁹, e
inclusive de los procesos disciplina-
rios¹⁰.

MP. José Gregorio Hernández y T-289/94,
MP. Hernando Herrera.

⁹Corte Constitucional, Sentencia C-055/93,
MP. José Gregorio Hernández.¹⁰Corte Constitucional, Sentencia T-413/92,
MP. Ciro Angarita.

Artículo 32

*El delincuente sorprendido
en flagrancia podrá ser
aprehendido y llevado ante
el juez por cualquier
persona. Si los agentes de
la autoridad lo
persiguieren y se refugiare
en su propio domicilio,
podrán penetrar en él,
para el acto de la
aprehensión; si se acogiere
a domicilio ajeno, deberá
preceder requerimiento al
morador.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 15, 28, 29, 30, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 24

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 2)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, cols. 2)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 31 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, 7 y 19
Comisión II: abril 18 y 23
Plenaria: junio 1, 5, 6, 15 y 28

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículos 370 a 373

1. Además de ser una atribución de las autoridades y de los particulares, la aprehensión en flagrancia es una garantía de la libertad personal. Siendo una excepción, en ninguna otra circunstancia una persona puede ser privada de su libertad sin que medien determinados requisitos, es decir sin que exista orden escrita de autoridad judicial competente, tal como lo prescribe el artículo 28 de la Constitución (Ver comentario a este artículo en el presente volumen). La regulación de la captura en flagrancia es también una garantía de la inviolabilidad del domicilio¹.

2. La Constitución admite esta restricción de la libertad en razón de las especiales circunstancias que le anteceden, caracterizadas por la existencia de una evidente relación entre la persona y la conducta punible, de manera que la persona es sorprendida por cualquiera en el momento en que está cometiendo un delito. El tiempo desempeña aquí un papel principal, puesto que para presentarse la flagrancia es necesario que el descubrimiento del autor o partícipe sea simultáneo con la comisión del delito o que ambas acciones tan solo estén separadas por un pequeño lapso de tiempo, como cuando la persona es vista mientras huye del lugar de los hechos, o por voces de auxilio se pide su captura.

Se desprende también de la norma constitucional que la captura de una persona vista en flagrancia sólo puede realizarse como inmediata consecuencia de este hecho, es decir en los momentos que siguen a la comi-

sión del delito. No sería admisible que con base en testimonios o grabaciones de quienes presenciaron los hechos, tiempo después se procediera a su captura sin que mediara orden judicial².

3. La configuración de las circunstancias de la flagrancia supone que se haya realizado una individualización del autor que permita tener certeza acerca de que fue esa persona y no otra la que cometió el delito³. La facultad para restringir la libertad de las personas en los caos de flagrancia termina en la acción misma de la retención⁴, lo cual excluye toda otra conducta lesiva de los derechos de la persona descubierta en flagrancia, como el derecho a la integridad personal. Por tanto son absolutamente inadmisibles las agresiones físicas de que son víctimas las personas aprehendidas en flagrancia, en actos que con alguna frecuencia terminan en ejecuciones extrajudiciales o en linchamientos públicos que evocan épocas bárbaras. La norma constitucional excluye los procedimientos abusivos de las autoridades de policía y los actos de aplicación de justicia -o injusticia- por la propia mano.

La aprehensión en flagrancia practicada por las autoridades o los particulares tiene también límites temporales y espaciales. Luego de la apre-

² Vide aclaración de voto de los magistrados Edgar Saavedra y Ricardo Calvete a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, septiembre 9 de 1993, MP. Juan Manuel Torres.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-511/93, MP. Eduardo Cifuentes.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-511/93, MP. Eduardo Cifuentes.

hensión la persona debe ser conducida de manera inmediata ante un juez, lo cual excluye que sea mantenida en lugares públicos o privados, o sea internada en los locales de los diferentes cuerpos de seguridad. En el marco de un sistema penal acusatorio como el colombiano, lo que se desprendería de esta disposición constitucional es que una vez a disposición del juez, la persona sea remitida al fiscal competente para que éste resuelva su situación jurídica⁵. Sin embargo, el expreso mandato constitucional ha sido desconocido por la ley, admitiendo que la persona sea conducida en primer lugar ante un fiscal (artículo 371 CPP.). Por otra parte, a pesar del principio de permanencia de la actuación de las autoridades judiciales (artículo 228 CP.) que obligaría al establecimiento de turnos nocturnos y durante los fines de semana, la misma norma del Código de Procedimiento Penal también admite que la persona capturada en flagrancia permanezca por cuenta de autoridad distinta al fiscal o juez hasta la primera hora hábil del día siguiente o hasta por treinta y seis horas.

4. Se admite que en la persecución de la persona sorprendida en flagrancia, las autoridades -en ningún caso los particulares- ingresen en el domicilio donde se ha ocultado, pero sólo para realizar la aprehensión. Queda excluida cualquier otra conducta como la práctica simultánea del registro del domicilio, pues el artículo constitucional no autoriza la restricción de otros derechos como el derecho a la intimidad⁶.

⁵ Carlos Lleras de la Fuente, et. al, op. cit., pág. 126.

En el evento del ingreso de las autoridades en un lugar no público ¿cómo pueden saber las autoridades que se trata del domicilio de la persona perseguida? La garantía del derecho a la intimidad exige en estos casos que la coincidencia entre el lugar de refugio y el domicilio del perseguido no se suponga, y que las autoridades realicen una mínima verificación de esta circunstancia mediante la pregunta a los moradores. De no realizarse esta confirmación y penetrándose en un domicilio distinto al de la persona buscada, toda actuación posterior, primero que todo la aprehensión, debe considerarse ilegal.

Si es evidente o se confirma que no se trata del domicilio de la persona perseguida, las autoridades deberán requerir al morador para poder entrar en el escondite. El requerimiento consiste en informar a los moradores de la acción que se va a realizar y de los hechos que la motivan. La renuencia a permitir la actuación de las autoridades no es obstáculo legal para que se ingrese en el lugar, pero la persona a la que se pone en conocimiento del procedimiento a realizar no puede ser cualquiera que se halle presente en el lugar. Por morador se entiende en este caso aquella persona que tiene una relación permanente con el lugar, como el propietario, el arrendatario, el portero o quienes laboren en el sitio.

5. El *habeas corpus* puede ser usado como mecanismo para proteger la libertad personal limitada por una captura ilegal practicada en flagrancia⁷.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-436, C-541, C-549.

1993
C-007, C-093, C-127, T-211, C-301, T-511.

1994
C-020, C-024, C-041, C-106, C-176, C-179, C-212.

1995
C-141, C-296

1996
C-657, C-689.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 9.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.
Declaración Americana, artículo 25.
Convención Americana, artículo 7.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-301/93,

Artículo 33

*Nadie podrá ser obligado a
declarar contra sí mismo o
contra su cónyuge,
compañero permanente o
parientes dentro del cuarto
grado de consanguinidad,
segundo de afinidad o
primero civil.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 12, 16, 18, 20, 29, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 25

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 2)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, cols. 2)
Primer Debate, artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 32 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 17 y 19
Comisión IV: abril 16
Plenaria: junio 15 y 28

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículo 283
Ley 146 de 1994

1. En un Estado democrático la actuación del sistema penal tiene en la dignidad de la persona y los lazos afectivos uno de sus límites. Así se trate de la persecución de los delitos, el Estado demoliberal no puede obligar a una persona a contribuir a que ella o sus allegados sean objeto de una sanción penal, haciéndose daño a sí mismo o afectando a sus seres queridos. En esta última hipótesis se daría lugar a un doble daño: el causado a los otros y el dolor que se infiere a sí mismo aquel que se sabe autor del sufrimiento de los que quiere. Siendo consustancial a la dignidad humana la guarda de la autoestima y de los lazos fundamentales constitutivos de su personalidad, es razonable que se reconozca a las personas el derecho a no declarar contra sí mismas o contra las personas cercanas. De no ser así el sistema penal pasaría por encima de elementos sustanciales de la identidad de los seres humanos, siendo principio de su humillación o de su destrucción como personas, y de la desintegración de la familia, sistema primario de formación de los individuos y estructura básica de la sociedad. En busca de la protección de la dignidad humana, las razones de interés general deben ceder aquí ante los afectos personales.

En consecuencia las autoridades no tienen facultades para obligar a una persona a que se confiese culpable o a que acuse a quienes está unido por el amor o los lazos de parentesco. A cambio deberán esforzarse en el uso de los demás recursos con que cuenta el Estado para la investigación de los delitos.

2. En ejercicio de este derecho, toda persona puede permanecer ca-

llada o limitarse a declarar de manera parcial luego de ser detenida o cuando se le interroga en desarrollo de las diferentes diligencias que hacen parte de un proceso penal. Esta garantía no cobija, desde luego, la posibilidad de faltar a la verdad para favorecer a ciertas personas, proceder que estaría dentro de la órbita de las conductas punibles.

3. De obtenerse mediante cualquier tipo de coacción una confesión o pruebas inculpatórias de las personas cercanas al declarante, aquellas deben ser declaradas nulas. Esta previsión, que concuerda con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución sobre la nulidad de toda prueba obtenida con violación del debido proceso, es especialmente relevante en circunstancias como la colombiana en la que es frecuente que las autoridades recurran a las torturas o a las amenazas como método para obtener una confesión o una acusación, ya sea ésta falsa o verdadera. Al respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla una norma que refuerza estas previsiones y que es conducente aplicar en circunstancias como las que aquí se estudian. Así, en su artículo 8.3 establece que “la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la protección eficaz de este derecho exige además que nadie sea interrogado “sin la presencia de un juez y un abogado defensor”¹.

Por otra parte cuando una persona decida confesar, su declaración

¹ *Informe Guatemala* (1983), pág. 100, párr. 16, citado por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 174.

no puede por sí sola o de manera automática conducir a la sentencia condenatoria. En la medida en que en los asuntos penales los derechos no son renunciables siempre está involucrado el interés público en el castigo a los culpables y la libertad de los inocentes, las autoridades judiciales deben proceder al estudio crítico de la confesión. Además, la experiencia ha mostrado cómo la confesión puede ser falsa pues suele estar motivada por el deseo de encubrir a otras personas².

Este derecho no podría ser alegado en asuntos civiles y de familia. De los debates en la Asamblea Nacional Constituyente no se deduce que existiera una voluntad expresa en modificar el sentido del artículo 25 de la Constitución de 1886, el cual hacía referencia a esta misma garantía circunscrita al ámbito de los procesos penales y de policía. A la misma conclusión puede llegarse si se observa que la norma comentada está situada dentro de un grupo de prescripciones relativas, básicamente, a las garantías penales³. Una interpretación muy amplia de este artículo constitucional dificultaría en extremo contar en los distintos procesos con un acervo probatorio suficiente que permita tomar una decisión final.

² Antonio Dellepiane, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Temis, 1983, pág. 120.

³ Hernán Fabio López Blanco, "Aspectos de la Constitución Nacional frente al Derecho Procesal Civil", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, No. 2, 1992, págs. 33 a 38.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-009, T-402, T-411,
T-429, T-441, C-449,
T-476, T-494, T-542,
T-547, C-606.

1993

C-003, C-006, C-040,
T-081, T-123, C-127,
T-240, T-258, T-420,
C-486.

1994

C-022, C-041, C-089,
C-110, C-134, T-178,
T-193, T-230, T-246,
T-254, C-265, C-311,
C-336, C-415, T-463,
C-473, T-498, T-579.

1995

T-099, T-138, T-173,
C-178, T-200, T-275,
SU-342, C-400, T-474.

1996

C-188, C-191, T-268,
T-296, C-435, C-492.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
artículo 14.3.g.
Convención Americana,
artículos 8.2.g. y 8.3.

Artículo 34

*Se prohíben las penas de
destierro, prisión perpetua
y confiscación.*

*No obstante, por sentencia
judicial se declarará
extinguido el dominio
sobre los bienes adquiridos
mediante enriquecimiento
ilícito, en perjuicio del
tesoro público o con grave
deterioro de la moral
social.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 12, 28, 58, 85, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 34

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 3, col.2) y artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 4, col.3)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, col. 3)
Comisión V, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 40, col.2)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 5, col.2)
Comisión Codificadora, artículo 33 (G.C., N° 113, pág. 3) y artículo 64 (G.C., N° 113, pág.5)

DE LOS DEBATES

Comisión IV: abril 19 y mayo 15
Comisión V: abril 16
Comisión conjunta: abril 30
Plenaria: mayo 22 y junio 4, 6, 14, 28 y 29.

LEGISLACION

Ley 40 de 1993, artículo 6
Ley 67 de 1993
Ley 104 de 1993, artículos 89 a 93
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994
Ley 333 de 1996

1. Acorde con el objetivo principal de proteger la dignidad de las personas, la Constitución prevé aquí otras restricciones al poder punitivo del Estado, proscribiendo las penas de destierro y prisión perpetua. Aplicados en numerosas ocasiones a lo largo de nuestra historia –de ella fueron víctimas Nariño y Santander– la expulsión del país o el confinamiento dentro del territorio nacional, no pueden ser introducidos dentro del régimen penal ni cualquier otro orden legal, ni siquiera durante los estados de excepción¹.

2. Aunque no por los jueces, el destierro ha sido aplicado reiteradamente en las últimas décadas en Colombia para castigar a la oposición o evitar su actuación política, e inclusive para obstaculizar el ejercicio de un pensamiento independiente y crítico. Como consecuencia de la intolerancia social y de la actuación arbitraria de las autoridades un número considerable de colombianos se ha visto forzado al exilio, ya durante el período de la violencia de mitad de siglo como en los últimos cuarenta años. En un caso concreto y garantizando los derechos a la vida, a la integridad familiar y a la paz, la Corte Constitucional ordenó al DAS desplegar las medidas de seguridad necesarias para que un militante de izquierda pudiera regresar al país. El ciudadano, sus familiares y su residencia habían sido objeto de reiteradas actuaciones arbitrarias de miembros del ejército que lo acusaban de ser miembro de la guerrilla².

¹ Ver comentario al artículo 24 en este volumen.

² Corte Constitucional, Sentencia T-439/92, MP. Eduardo Cifuentes.

3. Puesto que el derecho penal en un Estado que tiene por fin esencial la garantía de los derechos humanos debe ser también humanista, el fin principal de la pena, al cual deben subordinarse los demás, es la rehabilitación de los condenados. Tal fin excluye, como lo hace la Constitución, el establecimiento de penas que duren toda la vida, es decir la prisión perpetua. En concordancia con ello, el artículo 29 de la Constitución prohíbe la imposición de penas y medidas de seguridad imprescriptibles, es decir de sanciones que se prolonguen de manera indefinida en el tiempo³. En desarrollo del derecho a la prescriptibilidad de las medidas de seguridad la Corte Constitucional ordenó la libertad de tres enfermos mentales que habían permanecido durante 22, 26 y 30 años en un manicomio criminal. La prolongación indefinida de las medidas de seguridad se convertía en un trato cruel y degradante –prohibido por el artículo 12 de la Constitución– y hacía que aquellas perdieran su razonabilidad y negaran la dignidad de las personas, de la cual se desprende su capacidad de autodeterminación⁴.

No obstante, la Ley Antisecuestro (Ley 40 de 1993) al contemplar penas de hasta 60 años viola esta prohibición. Puesto que una pena sólo puede imponerse luego de que la persona cumpla 18 años, es decir siempre

³ La cadena perpetua es contraria a los tratados que contemplan la rehabilitación social como fin esencial de las penas privativas de la libertad, como la Convención Americana, artículo 5.6 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-401/92, MP. Eduardo Cifuentes.

que sea mayor de edad, el cumplimiento de la pena sólo sería posible cuando el condenado tuviera 78 años, edad que es superior al promedio de vida de los colombianos –65 años según el DANE–. A pesar de ello la Corte Constitucional no declaró esta disposición contraria a la Carta, entendiendo que en los casos en que se imponga esta pena la eventual rebaja debida a la presencia de causales de atenuación punitiva o a la redención por buena conducta, impediría que la pena de 60 años se hiciera perpetua.

4. La Constitución establece también restricciones a las penas para proteger el derecho a la propiedad privada, contrariando la que fuera una práctica común en las guerras de independencia y las guerras civiles del siglo XIX, y un procedimiento arbitrario y privado durante las violencias del siglo XX. Ya para los precursores del derecho penal liberal la confiscación era una pena injusta puesto que se hacía sufrir a los inocentes, es decir a la familia del reo, la pena que le correspondía al condenado, y porque nada justificaba que un hombre se enriqueciera a costa de otro⁵.

En desarrollo de sus principios humanistas la Constitución excluye la pena de confiscación, es decir el retiro de la titularidad del dominio sobre los bienes de una persona en favor del Estado, y por supuesto, de los particulares.

Pero esta restricción es objeto de algunas excepciones por expresa dis-

posición constitucional. El acceso a la propiedad contrariando la Constitución y la ley, es decir dando lugar a conductas delictivas, crea circunstancias que justifican su privación por un juez. Ello es posible cuando los bienes han sido adquiridos mediante el enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. En todos los casos debe entenderse que tal hipótesis sólo se configura cuando se demuestre en causa judicial.

Se diferencia esta hipótesis de la expropiación en que la primera es una pena impuesta como consecuencia de la comisión de un delito, mientras que la segunda se deriva de un ejercicio de la propiedad contrario a su función social o ecológica. Además, la primera sólo puede ser impuesta por un juez, mientras que la expropiación también puede realizarse por vía administrativa.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-401, T-460, T-474, T-490.

1993

C-006, C-031, C-066, T-090, C-127, C-171, C-176, C-207, C-214, C-216, C-364, C-467, C-504, C-591.

1994

C-046, C-063, C-069, C-089, C-131, C-176, T-218, C-221, T-254, C-273.

1995

C-026, C-141, T-515.

1996

C-067, T-223, C-319, C-409.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 5.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3.
Convención Americana, artículo 5.6.

⁵ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, París, En casa de Rosa, 1828, págs. 105 a 107. Voltaire, *Comentario sobre el libro 'De los delitos y de las penas'*, París, En casa de Rosa, 1828, págs. 317 a 319.

Artículo 35

*Se prohíbe la extradición
de colombianos por
nacimiento.*

*No se concederá la
extradición de extranjeros
por delitos políticos o de
opinión.*

*Los colombianos que
hayan cometido delitos en
el exterior, considerados
como tales en la legislación
nacional, serán procesados
y juzgados en Colombia.*

1. El proceso que había conducido a la crisis política a la que respondía la Constituyente tuvo en el narcoterrorismo una de sus causas, tal vez aquella que, como gota que rebasa la copa, llevó la situación a límites inconcebibles¹. Durante algunos meses de 1989 una sensación de incertidumbre se vivía cada mañana al salir de casa en algunas de las más grandes ciudades del país, ante la presencia de una oleada de bombas que explotaban en cualquier sitio y a cualquier hora, causando numerosas víctimas². Los atentados terroristas y el asesinato selectivo de líderes políticos -entre ellos el de Luis Carlos Galán-, de jueces, periodistas, miembros de la fuerza pública y militantes del partido político de izquierda Unión Patriótica, entre otros, hicieron evidente el poder desestabilizador de la violencia del narcotráfico que estaba socavando al Estado y la vida en comunidad, así fuera menor a la hora de comparar las víctimas que causó con aquellas derivadas de la violencia política.

En el contexto del fuerte enfrentamiento militar con el cartel de Medellín, la prohibición de la extradición de nacionales fue entendida por la mayoría de los constituyentes como un camino hacia la paz. Así se expresó uno de ellos:

¹ John Dugas, "La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?" en: John Dugas, Comp., *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?*, Bogotá, Departamento de Ciencia Política Universidad de los Andes, 1993, págs. 18 y 24.

² Entre los atentados más letales puede hacerse memoria de aquel que estuvo dirigido contra las instalaciones del DAS en Bogotá, en el que una tonelada de explosivos causó decenas de víctimas. Con todo, la expedición de la Constitución no impidió que una nueva época de narcoterrorismo se presentara a comienzos de 1993.

"Amantes como somos de la paz, tenemos el íntimo convencimiento que ésta nunca la alcanzaremos, mientras que un arbitrario e inconstitucional decreto de estado de sitio siga permitiendo la extradición de colombianos"³.

2. La Constitución contempla en este artículo el derecho de todos los colombianos por nacimiento a no ser extraditado, es decir, a no ser llevado a otro país que lo reclame por los canales diplomáticos con el fin de ser juzgado por delitos de que se le acusa. Sin ser propiamente un límite al poder punitivo del Estado pues en este caso no es ejercido, esta norma obra como una regla que subordina las decisiones del Estado en materia internacional penal, basada en consideraciones atinentes a las conveniencias de la paz y a la guarda de la soberanía nacional, tal como se expresó durante los debates de la Constituyente.

La no extradición de nacionales cuenta con una acendrada tradición en la juridicidad colombiana pues ninguno de los tratados bilaterales de extradición celebrados por Colombia desde 1852 hasta el momento contempla la extradición de nacionales, con excepción del instrumento suscrito con los Estados Unidos en 1979. En el contexto internacional los siguientes países no admiten en la actualidad la extradición de nacionales: Alemania, Italia, España, Francia, Suecia, Finlandia, Suiza, Polonia, Brasil, El Salvador, Nicaragua, Ecuador, Uruguay, Etiopía y Afganistán⁴. A este listado

³ Palabras del delegado Hernando Londoño Jiménez, citado por John Dugas, op. cit., pág. 25.

⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Régimen jurídico de la extradición*, Bogotá, Temis, 1987, págs. 43 y 44.

puede agregarse los nombres de Austria, Portugal, Bélgica, China, la Federación Rusa, Honduras y Venezuela. Panamá compartía tal prohibición pero fue eliminada luego de la invasión de que fuera objeto por parte de los Estados Unidos.

3. La norma establece un límite en la definición de aquellos que pueden ser favorecidos en su aplicación, exigiendo que hayan adquirido la nacionalidad colombiana desde su nacimiento. Se evitó de esta manera que Colombia pudiera convertirse en refugio de delincuentes extranjeros que, adoptando la nacionalidad colombiana, buscaran burlar la actuación de las autoridades del país en el cual hubieran violado la ley penal.

En lo que tiene que ver con la definición de los delitos respecto a los cuales no procede la extradición de colombianos la norma no establece exclusión alguna, de manera que cubre tanto los delitos políticos como los delitos comunes. Sin embargo, del texto de tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia se desprende una excepción relacionada con los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. En estos casos debe primar la norma internacional que regula la extradición, sin hacer consideraciones sobre la nacionalidad de la persona que es solicitada, debido a que la gravedad de una conducta que ofende la dignidad de la humanidad está por encima de cualquier otra consideración de protección a los nacionales y a la soberanía. En consecuencia el Estado interpelado, luego de examinar la información de que dispone, procederá a la extradición del nacional solicitado. De no practicarse

la extradición, el Estado procederá al enjuiciamiento de las personas que han sido solicitadas con base en la acusación de haber cometido crímenes de lesa humanidad, entre ellos la tortura⁵, disposición que concuerda con el inciso segundo de este artículo constitucional.

4. La norma también prohíbe la extradición de extranjeros cuando sean solicitados por la comisión de delitos políticos o de opinión. En consecuencia, las autoridades competentes están llamadas a realizar un análisis de la petición de extradición, teniendo en cuenta todos aquellos elementos que permitan deducir que se trata de una persecución política.

Por otra parte es de anotar en este punto que, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, existen delitos que siempre dan lugar a la extradición y que en ningún caso pueden entrar en el catálogo de los delitos políticos, tales como las torturas y el genocidio,⁶ por lo cual en estos casos debe procederse a la extradición.

Si el extranjero que se presume autor de uno de estos delitos se halla en territorio colombiano y no es extraditado o no es solicitado en extradición, de igual manera puede derivarse de los tratados internacionales que el Estado debe proceder a su enjuiciamiento, siempre que la víctima

⁵ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículos 7.1 y 5.1.b.

⁶ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 8.1.; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, artículo 7.

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29, 36, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión IV, (G. C., N° 83, pág. 28, cols. 1)
Primer Debate, artículo 1 (G. C., N° 109, pág. 4, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 34 (G. C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión IV: abril 17
Comisión conjunta: mayo 14
Plenaria: junio 5, 12, 13, 19, 28 y 29

LEGISLACION

Código Penal, artículos 13 y ss.
Código de Procedimiento Penal, artículos 546 a 571
Ley 26 de 1913
Ley 74 de 1935
Ley 67 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 146 de 1994
Ley 148 de 1994
Ley 169 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
C-541

1993
C-052, C-127, C-171,
C-207, C-214

1994
C-176, C-225

1995
C-141, C-264, C-396

1996
C-186, T-405

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, artículos 5.1.b y c, 7.1 y 8.1.

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, artículo 7.

sea de nacionalidad colombiana. Para ello es necesario que previamente se hayan tomado las medidas legislativas necesarias para que el Estado colombiano tenga jurisdicción sobre estos casos⁷.

5. La norma consagra en su segundo inciso una obligación del Estado colombiano consistente en juzgar a los nacionales que hayan delinquido en el exterior, siempre que tal conducta esté contemplada como tal en el régimen penal colombiano. Se trata de un imperativo que debe tener cabal cumplimiento respecto a aquellas personas a quienes se haya negado su extradición. No ocurre lo mismo en relación con aquellas personas que se encuentren fuera del territorio nacional. Tal cometido supondría un esfuerzo de los sistemas penal y carcelario colombianos que, agobiados hoy por la congestión, la impunidad y el hacinamiento, no podrían cumplir.

6. Inspirados en esta norma, aunque no propiamente derivados de su tenor literal, se han puesto en marcha programas de "repatriación" de colombianos ya sentenciados y que, en alto número, están cumpliendo su condena en el extranjero, muchas veces sometidos a abusos de las autoridades penitenciarias. Luego de la celebración de acuerdos binacionales con Ecuador, España, Panamá y Venezuela, grupos de colombianos han sido traídos a cárceles ubicadas en el territorio nacional. En el origen de estos pactos está el objetivo humanitario de brindar a los reclusos una mayor po-

sibilidad de rehabilitación que puede derivarse del acceso que a ellos tengan sus allegados. No sobra aclarar que en estos procedimientos simplemente opera un cambio del país en que se cumple la condena, y que no se trata del ejercicio preferencial de la acción punitiva por parte del Estado colombiano.

NOTA: Cuando este volumen entraba en prensa el artículo 35 de la Constitución fue modificado por el Acto Legislativo N° 1 de 1997 (16 de diciembre). La nueva norma quedó así:

"La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

Además, la extradición de colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de esta norma".

⁷ Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, artículos 7.1 y 5.1.c.

Artículo 36

*Se reconoce el derecho de
asilo en los términos
previstos en la ley.*

1. Tema comprendido hasta hace poco dentro de los asuntos que atañen exclusivamente a la soberanía y a las relaciones entre Estados, el derecho de asilo se ha convertido hoy en uno de los principales asuntos de la agenda mundial de los derechos humanos debido al fenómeno de la inmigración masiva, haciendo que el problema de los refugiados se uniera al de los perseguidos políticos.

2. Para 1989 se calculaban en más de 15 millones los refugiados y las personas solicitantes de asilo en el mundo,¹ como consecuencia de los conflictos políticos, la lucha armada, la pobreza y las catástrofes naturales. El desigual orden económico internacional que dejó arraigada la pobreza al sur del universo es una de las causas, si no la principal, de los flujos migratorios del siglo XX, haciendo que en la actualidad el 75 por ciento de los demandantes de asilo provengan del Tercer Mundo. No es éste por lo tanto un hecho transitorio sino un fenómeno estructural que requiere además de las medidas de emergencia, una respuesta igualmente estructural y por lo tanto económica y transnacional².

La crisis económica del capitalismo central y el renacimiento del racismo en los países del norte han dado lugar en la actualidad a una crisis de la vigencia del derecho de asilo. Nuevas restricciones a su otorgamiento se han establecido en Europa y Estados

Unidos, a pesar de que, contrario a lo que pueda pensarse, más del 80 por ciento de los refugiados se encuentran en el territorio de los países subdesarrollados³.

3. La Constitución contempla el derecho de los extranjeros y apátridas de permanecer en el territorio colombiano y no ser expulsados de él, como mecanismo de protección contra la persecución inminente o actual de que son objeto de manera individual o como grupo, por razones políticas, raciales, religiosas o de nacionalidad. Esta norma complementa la prohibición constitucional de extraditar a extranjeros acusados de cometer delitos políticos (artículo 35 CP.).

4. La fórmula adoptada por el constituyente radica en la ley la definición del contenido de este derecho. No obstante, en esta tarea el legislador no es plenamente libre, sino que debe orientarse a garantizar el desarrollo de su contenido pleno –evitando que su reglamentación sea nugatoria del derecho– y a que esté de acuerdo con el resto del ordenamiento constitucional, en especial con la carta de derechos y los tratados internacionales sobre la materia⁴.

5. Al menos tres elementos son consustanciales al derecho de asilo: el principio de no devolución, el derecho al trámite y a la concesión mis-

¹ Ahlstrom Christer, *Las víctimas de los conflictos*, Uppsala, Departamento de investigaciones sobre paz y conflictos Universidad de Uppsala, 1991, págs. 1, 19, 21 y 25.

² Diego López Garrido, *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta, 1991, pág. 9.

³ Ibid.

⁴ Siguiendo la Constitución Española la redacción inicial de este artículo era del siguiente tenor: "Se reconoce el derecho de asilo a los extranjeros y apátridas en los términos previstos en los tratados públicos y en la ley". Presidencia de la República-CIS, Transcripción de los debates de la ANC, Comisión I, marzo 21.

ma del asilo, y el disfrute de los derechos que tienen en el país asilante los extranjeros⁵.

De acuerdo con el principio de no devolución –dentro del que se incluye la prohibición de devolución en las fronteras⁶– el solicitante de asilo no podrá ser conducido al territorio de un país en el que su vida, su integridad o su libertad corran peligro. En esta decisión se habrá de tener en cuenta, entre otros elementos de juicio, la presencia en el Estado de que se trate de violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos⁷. La inaplicación de este derecho colocaría al solicitante de asilo en su condición inicial y podría inclusive agravarla. La no devolución es condición necesaria para que el perseguido pueda acceder al asilo, puesto que su localización geográfica es lo que le permite solicitarlo.

6. La constitucionalización del asilo por la Carta de 1991 recoge una tradición humanista colombiana que había tenido expresión en la adopción de leyes y tratados sobre la materia y en los casos en que perseguidos habían podido gozar del asilo otorgado por Colombia, entre los cuales se recuerda el concedido a Víctor Hugo Haya de la Torre⁸.

⁵ Ver Diego López Garrido, op. cit., págs. 172 y 173.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1984-1985*, pág. 193.

⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33 (Ley 35 de 1961); Convención Americana, artículo 22.8; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, artículo 3. Este principio fue recogido por la legislación nacional en el Decreto 2817 de 1984, artículo 15.

⁸ Al respecto puede consultarse Luis Carlos Zárate, *El asilo en el derecho internacional americano*, Bogotá, Iqueima, 1958, pág. 160 y ss.

Instituido como derecho constitucional y recogido por los tratados internacionales de derechos humanos⁹ el asilo deja de ser gracia o potestad de la soberanía del Estado, tal como se le había concebido desde sus orígenes¹⁰. Como los demás derechos constitucionales, el de asilo faculta a sus titulares para exigir del Estado una conducta determinada, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos, cuya calificación corresponde al Estado asilante¹¹.

En cuanto se trata de un derecho constitucional y siendo que en el Estado de derecho las autoridades siempre están sometidas a la legalidad, el otorgamiento del asilo no es discrecional y está bajo los efectos del control interno y la revisión judicial, de igual manera a como lo están todas las actuaciones administrativas. Para tal efecto, además de los recursos de la vía gubernativa, podría hacerse uso de las acciones contencioso-administrativas y de la acción de tutela.

Los distintos recursos podrían interponerse para proteger el contenido pleno del derecho, en especial frente a la devolución que no se atenga a las causales previstas en la ley o que desconozca las garantías procesales aplicables en la expulsión de extranjeros¹², y también para oponerse a los

⁹ Declaración Universal, artículo 14.1; Declaración Americana artículo XXVII; Convención Americana, artículo 22.7.

¹⁰ En este sentido se han pronunciado las doctrinas española e italiana. Vide. Diego López Garrido, op. cit., pág. 170.

¹¹ En Colombia el encargado es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a petición del interesado o de la oficina del ACNUR (Decreto 2817 de 1984).

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13.

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 35, 86, 93, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 3)

Primer Debate, artículo 2 y 6 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1)

Comisión Codificadora, artículo 36 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: marzo 21 y mayo 15

Plenaria: junio 14, 19 y 28

LEGISLACION

Ley 169 de 1994
Decreto 2371 de 1996

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

	1992
T-403	
	1993
C-127	
	1994
C-129	
	1995
C-396	
	1996
T-066, C-186	

actos que siguen a la solicitud, tales como su no tramitación, la negación del otorgamiento del estatuto de refugiado y la expulsión, todo ello en conexión con la búsqueda del respeto de los derechos a la libertad, al debido proceso, de petición y el derecho a un recurso o derecho al acceso a la justicia (artículos 28, 29, 23 y 228 CP., y 25 de la Convención Americana).

7. Dos son las circunstancias en que puede accederse al asilo. Cuando el solicitante se encuentra en el territorio de un país distinto a aquel en el cual es perseguido, se habla de asilo territorial. Cuando estando en el país en el cual se es perseguido, se ha penetrado en la embajada u otro local o vehículo con extraterritorialidad diplomática del Estado al cual se solicita asilo, se habla del asilo diplomático. En esta última circunstancia el otorgamiento del amparo por el Estado asilante es inescindible de la expedición del salvoconducto para salir del país,¹³ puesto que de lo contrario se colocaría al protegido en una situación de prisionero¹⁴.

Con base en los tratados internacionales que lo reconocen como derecho, el asilo puede entenderse también como un derecho subjetivo frente al país en el cual se está siendo perseguido. En consecuencia el Estado está obligado a no obstaculizar las gestiones de un nacional que busque asilo en otro país, a no imponerle sanciones por el hecho de solicitar asilo y a otorgarle la visa de salida a aquellos que se refugian en las embajadas¹⁵.

¹³ Luis Carlos Zárate, Idem.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Nicaragua* (1981), págs. 64 y 65.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Hu-

Por lo tanto, en lo que tiene que ver con la eventualidad del otorgamiento de asilo a colombianos que hayan ingresado a las legaciones diplomáticas acreditadas ante nuestro país, el Estado colombiano tiene, entre otras obligaciones, derivadas en virtud de los tratados internacionales, la de expedir el salvoconducto para su salida del país. Con base en ello, por vía de la interpretación del artículo 93 CP, se podría afirmar que el Estado colombiano actuaría en este caso respecto a los nacionales también en cumplimiento de su obligación de garantizar la vigencia del derecho constitucional al asilo.

El derecho a exigir tal actuación del Estado por parte de un nacional tendría también sustento en el derecho a poseer un pasaporte que han reconocido instancias internacionales con base en el artículo VIII de la Declaración Americana y en el artículo 13 de la Declaración Universal¹⁶.

8. Los niños gozan de una protección internacional adicional en lo que hace al refugio, pues los Estados deben atender de manera humanitaria y expedita toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar o salir de él con el fin de reunirse en familia¹⁷.

manos, *Informe Anual* 1981-82, Págs. 69 y 81. Citada por Daniel O'Donnell, op. cit., págs. 227 y 228.

¹⁶ Entre éstas el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Casos Vidal Martins c. Uruguay y Varela Núñez c. Uruguay) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Informe Anual* 1982-83, pág. 142, párr. 4), citado por Daniel O'Donnell, op. cit., págs. 215 y 216.

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 10.1 y 22.

9. El asilado debe disfrutar de los derechos que le permitan disfrutar de una vida digna en el país de refugio, pues sin ellos su situación sería similar a aquella de la que escapó. De acuerdo con el artículo 100 de la Constitución, en cuanto extranjeros, los asilados o refugiados gozan de los mismos derechos civiles de los nacionales, con las limitaciones que establezca la ley por razones de orden público. El ejercicio de los derechos políticos les está negado excepto en lo que tiene que ver con la participación en las elecciones o consultas de carácter municipal.

Los tratados internacionales obligan a los Estados a dar a los refugiados el mismo trato que al resto de extranjeros y prescriben la garantía de sus derechos, entre ellos los de asociación, de acceso a la justicia, al trabajo y a la propiedad¹⁸.

10. En ningún caso el asilo puede ser visto como un acto hostil o una forma de intervención en los asuntos internos de un país. El asilo es siempre una acción humanitaria, orientada a la protección de los derechos humanos, en especial de la vida, y de la libertad de todo ser humano de luchar, con razón o sin ella, contra un gobierno o un Estado en busca de fines altruistas.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 14.1.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13.
Declaración Americana, artículo XXVII.
Convención Americana, artículo 22.7 y 8.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 10.1 y 22.

¹⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículos 7.1, 13, 15, 16, 17 y 18.

Artículo 37

*Toda parte del pueblo
puede reunirse y
manifestarse pública y
pacíficamente. Solo la ley
podrá establecer de
manera expresa los casos
en los cuales se podrá
limitar el ejercicio de este
derecho.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 20, 41, 56, 85, 86, 93, 107, 149, 214 n.2, 219, 223, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 46

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 1)
Primer Debate, artículo 10 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 36 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: abril 8, 22 y 23
Plenaria: junio 5, 14, 28 y 29

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículos 102 a 107
Ley 137 de 1994, artículo 38

1. El intercambio de ideas y la unión de esfuerzos y recursos de los individuos, posibles a través del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, permite alcanzar todo tipo de objetivos presentes en las complejas sociedades contemporáneas. En este sentido, en la medida en que el disfrute de estos derechos se puede orientar a la realización de la totalidad de los derechos humanos, con su reconocimiento se está apuntando a la garantía de la dignidad humana, y con ella, de la libertad, de la igualdad y de la democracia.

Tal vez sea en el ámbito político en el que estos derechos adquieran su mayor relevancia, pues son vehículos de la expresión de ideologías, y con ello, pilares del pluralismo y de la participación. Así mismo estos derechos son especialmente importantes para la actuación de aquellos sectores sociales que tradicionalmente no tienen acceso a los medios de comunicación social. Su ejercicio les permite dar a conocer denuncias y reclamos, y llamar la atención de la opinión pública y de las autoridades¹.

2. El derecho de reunión es una facultad de la cual goza todo grupo de personas para congregarse de manera transitoria en un lugar público o privado, aunque en este último caso tal reunión estaría amparada en primer lugar por el derecho a la intimidad. El derecho de manifestación lo tiene toda "parte del pueblo" para dar a conocer sus opiniones o reivindicaciones en lugares públicos, ya sea ocupando momentáneamente espacios

públicos o circulando por ellos. Hechas estas definiciones puede afirmarse que el derecho de reunión puede disfrutarse sin que al mismo tiempo se haga ejercicio del derecho de manifestación, pero que el goce de éste último supone la celebración de una reunión. Asumiendo una perspectiva un poco distinta, para algunos autores el derecho de manifestación es una modalidad del derecho de reunión². En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho de manifestación entendiéndolo como parte del derecho de reunión, de acuerdo con lo establecido en el artículo XXI de la Declaración Americana.

3. La Constitución establece una reserva de ley para la fijación de límites a este derecho, puesto que sólo el Congreso o el ejecutivo cuando haga uso de atribuciones legislativas, podrán restringir su ejercicio. Su reglamentación debe respetar su núcleo esencial—desde luego también durante los estados de excepción— y asegurar el equilibrio entre su disfrute y los demás derechos³. No puede hacerse regulación alguna al respecto a través de reglamentos administrativos⁴.

En una sociedad democrática las limitaciones a estos derechos sólo pueden fundarse en cuestiones atinentes a su ejercicio no pacífico, es decir en la

¹ Ignacio Torres Muro, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Universidad Complutense-Editorial Civitas, 1991, pág. 21.

² Ignacio Torres Muro, op. cit., pág. 29. Es de anotar también que la Constitución de 1886 reconocía el derecho de reunión, pero no preveía expresamente el derecho de manifestación.

³ Corte Constitucional, sentencias T-456/92, MP. Jaime Sanín y Eduardo Cifuentes, y C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-024/94, MP. Alejandro Martínez.

posibilidad de amenazar o dañar los derechos de los demás, tales como la vida, la integridad personal o la propiedad, o si se recurre a usar la fuerza contra las autoridades. El carácter no pacífico de una reunión o manifestación se puede originar en el porte de armas por parte de quienes a ellas concurren (artículo 223 CP.). En estas eventualidades, la fuerza pública puede proceder a separar del grupo a aquellos individuos que hacen uso de la violencia y, sólo si ésta es generalizada, a disolver la reunión o la manifestación. También resultan admisibles las limitaciones originadas en el carácter ilegal de los fines buscados, circunstancia que pueden dar lugar inclusive a su persecución penal.

Restricciones relativas al número de individuos participantes o al desarrollo de una reunión o de una manifestación -duración de las intervenciones, prohibición de gritos y consignas y del uso de pancartas- son inadmisibles⁵. Violatorio de estos derechos es también calificado el uso de una violencia desproporcionada para reprimir manifestaciones, pues ésta opera como un instrumento disuasivo para participar en ellas⁶.

El aviso previo del que habla el Código Nacional de Policía tiene por objetivo asegurar que las autoridades dispongan lo necesario para facilitar el ejercicio de este derecho, y no constituye un requisito exigible para la realización de concentraciones y marchas.

⁵ Ignacio Torres Muro, op. cit., pág. 85.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1983-1984*, Chile, pág. 93, citado por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 263.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-006, T-009, T-403,
T-429

1993
T-123

1994
C-024, C-134, T-210

1995
T-032, T-557

1996
T-296

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 20.1.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 21.

Declaración Americana, artículo XXI.

Convención Americana, artículo 15.

Artículo 38

*Se garantiza el derecho de
libre asociación para el
desarrollo de las distintas
actividades que las
personas realizan en
sociedad.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 39, 40, 51, 58, 64, 68, 86, 93, 103, 107, 108, 112, 214 n.2, 377.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

Artículo 44

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 1)
Primer Debate, artículo 8 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 37 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: abril 8
Plenaria: junio 5, 6, 14, 18, 28 y 29

LEGISLACION

Ley 30 de 1992
Ley 33 de 1992
Ley 37 de 1992
Ley 41 de 1993
Ley 44 de 1993
Ley 49 de 1993
Ley 82 de 1993
Ley 94 de 1993
Ley 115 de 1994, artículo 141
Ley 132 de 1994
Ley 133 de 1994
Ley 137 de 1994, artículo 5
Ley 142 de 1994, artículos 17 a 26

1. Para la realización de los seres humanos y la búsqueda de los fines atinentes al desarrollo político y al progreso económico, la Modernidad cuenta entre otras posibilidades con la formación de individuos que actúen sin estar sujetos a poderes externos y la constitución de sociedades en las que cada uno tenga asegurada la libertad, la igualdad y la autonomía -la sociedad civil en la perspectiva de Kant¹. En medio de las dos puede hallarse una tercera forma de actuación de los hombres en la época actual: por necesidad o conveniencia las personas se unen en asociaciones para velar por sus intereses, sean éstos particulares o generales.

2. En lo que tiene que ver con la consolidación de la democracia se requiere un amplio espectro de organizaciones que sean voceros de todos los sectores de la sociedad en el debate público. Ello es urgente si se tienen en cuenta las limitaciones actuales de las instituciones de la democracia representativa, tales como el Congreso -que dista mucho de ser expresión de los anhelos nacionales- y la crisis de los partidos políticos, en la que su labor de puente entre los reclamos ciudadanos y el Estado se ha visto deteriorada al extremo.

Los gremios de empleadores y los sindicatos de trabajadores tienen ya una larga trayectoria en la historia, y sólo de manera reciente otro tipo de organizaciones sociales han alcanzado cierta relevancia en el debate público de los países del norte -entre ellos los de Europa oriental- como del sur.

¹ Enmanuel Kant, "Acerca de la relación entre teoría y praxis en el derecho político (Contra Hobbes)", en Enmanuel Kant, *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Losada, 1964, págs. 157 y ss.

En Colombia y América Latina se ha presentado un auge de los movimientos sociales desde comienzos de la década del 70, consolidándose como gestores eficaces de los diversos intereses sociales, a través de su presencia constante en el debate político y la realización de huelgas, marchas y paros cívicos. Estos fueron los canales de la protesta ciudadana contra los abusos y la ineficiencia del Estado durante el Frente Nacional, la cual tuvo uno de sus momentos más importantes en el proceso que condujo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Entre los llamados movimientos sociales podemos señalar los grupos de base, las organizaciones no gubernamentales, los movimientos sectoriales -de jóvenes, mujeres, campesinos, indígenas, viviendistas, entre otros-, los movimientos cívicos -especie de asociación generalmente transitoria-, y los movimientos regionales. Estos grupos conforman lo que algunos han dado en llamar la "sociedad civil", dando lugar a una segunda significación de este concepto².

3. La aparición de nuevas organizaciones de la sociedad civil y el fortalecimiento de las ya existentes a través de la garantía de sus derechos, su solidez económica y el mejoramiento de su capacidad para agenciar reclamos y propuestas, contribuye a la democratización de la sociedad y de las relaciones sociedad-Estado, y con

² Vide Luis Alberto Restrepo, "El protagonismo de los movimientos sociales", en Revista *Foro*, Bogotá, No. 2, febrero, 1987, págs. 34 y 35. Ana María Bejarano, "Democracia y sociedad civil. Una introducción teórica", en *Análisis Político*, No. 15, enero-abril, 1992, pág. 68 y ss.

ello a la construcción de la democracia participativa. Así, la organización de sectores medios y populares, antes carentes de representación o con un escaso poder de incidencia en las decisiones que los afectan, tiende a reducir las desventajas que inveteradamente han tenido en relación con los gremios de empleadores, que como grupos de presión tienen un muy alto poder de influencia en las distintas esferas del Estado. A la vez, su organización y la expresión pública de sus intereses les permite a los distintos sectores sociales controvertir, limitar o reorientar, en mayor o menor grado, políticas y acciones estatales contrarias a sus intereses.

4. La Constitución garantiza el derecho-libertad de asociación de tal manera que tanto su creación, como la incorporación de personas a ella y su retiro, tengan origen en la voluntad autónoma de los individuos, sin perjuicio de que la ley establezca para tales efectos algunos requisitos razonables.

Las asociaciones gozan de entera libertad para la definición de sus fines, ya sean sociales, políticos, ideológicos, humanitarios, religiosos, culturales, científicos, laborales, deportivos, etcétera, con la única limitación de no ser contrarios a los demás derechos constitucionales.

Para algunos autores, en el derecho de asociación tienen sustento constitucional las organizaciones con ánimo de lucro³. Según otros, el de-

recho de asociación sólo protege la formación de agrupaciones con actividades no lucrativas. En esta perspectiva, las sociedades mercantiles tendrían reconocimiento constitucional en la libertad de empresa⁴.

5. Dentro de las organizaciones sustentadas en el derecho de asociación están las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos las cuales se hallan sometidas a una especial problemática. Luego de considerar de "gran importancia la actividad que desarrollan en los países de América", la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que dificultan el ejercicio de este derecho medidas como la suspensión de su personería jurídica por vía administrativa, los allanamientos y la destrucción de sus locales, la confiscación de archivos, y la intimidación, la detención, la desaparición y el asesinato de sus miembros⁵.

Sobre las organizaciones colombianas de derechos humanos la Comisión Interamericana afirmó que "han ejercido sus funciones en condiciones particularmente negativas. Ello ha sido determinado por el hecho de que se ha considerado que sus actividades son políticamente motivadas o constituyen una defensa de los grupos subversivos"⁶.

⁴ Joaquín García, "Los derechos políticos, el derecho de reunión, el derecho de asociación", citado en Legis, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, N° 0490.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez Años*, 1982, págs. 124 y 125.

⁶ *Derechos Humanos en Colombia. Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, CAJSC, 1994, pág. 384.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-009, T-402, T-411, T-429, T-441, C-449, T-476, T-494, T-542, T-547, C-606.

1993

C-003, C-006, C-040, T-081, T-123, C-127, T-240, T-258, T-420, C-486.

1994

C-022, C-041, C-089, C-110, C-134, T-178, T-193, T-230, T-246, T-254, C-265, C-311, C-336, C-415, T-463, T-473, T-498, T-579.

1995

T-099, T-138, T-173, C-178, T-200, T-275, SU-342, C-400, T-474.

1996

C-188, C-191, T-268, T-296, C-435, C-492.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 20.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.

Declaración Americana, artículo XXII.

Convención Americana, artículo 16.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 15.

³ Rafael Ballén, *Constitución Política de Colombia. Antecedentes, comentarios y jurisprudencia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 263.

Artículo 39

*Los trabajadores y
empleadores tienen
derecho a constituir
sindicatos o asociaciones,
sin intervención del
Estado. Su reconocimiento
jurídico se producirá con
la simple inscripción del
acta de constitución.*

*La estructura interna y el
funcionamiento de los
sindicatos y
organizaciones sociales y
gremiales se sujetarán al
orden legal y a los
principios democráticos.*

*La cancelación o la
suspensión de la
personería jurídica solo
procede por vía judicial.*

*Se reconoce a los
representantes sindicales el
fuero y las demás
garantías necesarias para
el cumplimiento de su
gestión.*

*No gozan del derecho de
asociación sindical los
miembros de la Fuerza
Pública.*

1. El número de sindicalistas asesinados en los últimos años en Colombia permite apreciar con claridad cual es el estado real del derecho a constituir sindicatos: 178 en 1993 y 199 durante 1994¹. Esta situación condujo a que el Comité de Libertad Sindical de la OIT en su 259o. Informe se pronunciara así sobre Colombia: "Sin duda el Comité se encuentra ante uno de los casos más graves de violación que se le ha sometido en lo relativo al derecho a la vida, y recalca el alto grado de impunidad reinante en el país y la forma como la dramática situación de violencia que afronta Colombia de manera general hacen imposibles las condiciones normales de existencia de la población e impiden el pleno ejercicio de las libertades sindicales". Puede afirmarse entonces que no basta con la declaración legal de este derecho, si no existe a la vez una política institucional que evite la eliminación de los sindicalistas, mediante el control y el juzgamiento de sus propios agentes y de los miembros de los grupos paramilitares, señalados como los autores de estos asesinatos en la mayoría de los casos.

2. El derecho a constituir sindicatos es una especie del derecho genérico a la asociación. Se trata de un derecho a la vez subjetivo y colectivo que reside en los trabajadores, considerados de manera individual o como grupo, y que los faculta tanto para fundar sindicatos como para integrarse o separarse de ellos de manera

voluntaria². De acuerdo con el Convenio 87 de la OIT, el derecho de sindicalización reside tanto en los trabajadores del sector privado como del sector público, con excepción de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, en concordancia con la Constitución.

Siendo que a través del derecho de sindicalización los trabajadores buscan la protección y la realización de sus intereses económicos y sociales, su ejercicio es uno de los instrumentos de desarrollo del Estado social de derecho.

3. La Constitución no sólo prevé la facultad de los trabajadores de fundar sindicatos, sino que también establece para ello que no se necesita la intervención o la autorización del Estado, quedándole a éste prohibido inmiscuirse en ello. Para el reconocimiento legal de su existencia, es decir, para la consecución de su personería jurídica, basta con la inscripción del acta de constitución ante la autoridad competente. Esta diligencia se realiza ante el Ministerio del Trabajo, el cual sólo puede abstenerse de hacerlo cuando los estatutos sean contrarios al orden constitucional, el sindicato se constituya con un número de miembros menor al exigido por la ley o cuando se trate de la creación de un sindicato de empresa donde ya existe uno de su misma clase (artículo 365 n.4 CST.).

En todo caso, de acuerdo con la normatividad internacional, toda decisión administrativa que niegue el reconocimiento de la personería jurídica

¹ Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, "Derechos humanos y movimiento sindical", Bogotá, CAJSC, Mimeo, 1994, pág. 8. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, "Colombia: Un país de contrastes", Bogotá, CAJSC, Mimeo, 1995.

² Corte Constitucional, Sentencia T-441/92, MP. Alejandro Martínez.

dica a un sindicato, debe estar sometida a los resultados de la interposición de un recurso ante una instancia judicial³. En garantía de la personalidad jurídica de los sindicatos la Constitución establece también que la suspensión o cancelación sólo es posible por vía judicial,⁴ siendo éste uno de los avances importantes en la materia de la Carta de 1991 en comparación con el régimen constitucional anterior.

4. Las autoridades deben abstenerse de toda intervención que constituya hostigamiento de la labor sindical, o que limite o entorpezca el ejercicio de este derecho y la realización de toda otra actividad derivada de él⁵. Son notorias en Colombia las normas legales que van en contravía de esta disposición de derecho internacional, las cuales, de acuerdo con el artículo 93 CP serían inconstitucionales. Así, los artículos 388 n.1 literal c, 422 n.1 literal c y 432 n.2 del Código Sustantivo del Trabajo restringen el derecho de las organizaciones sindicales a designar sus representantes, y los artículos 444 y 486 del mismo código autorizan la presencia de las autoridades administrativas en las reuniones sindicales⁶.

5. Además de la libertad de fundar sindicatos, este derecho comprende

³ Comité de Libertad Sindical (1973), párrs. 51, 56 y 60, citado por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 268.

⁴ Así también el artículo 4 del Convenio 87 de la OIT.

⁵ Convenio 87 de la OIT, artículo 3.2.

⁶ Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, "Breve informe sobre el estado del derecho de asociación sindical en Colombia durante el año de 1994", Bogotá, CAJSC, Mimeo, 1994.

la facultad de redactar los estatutos, elegir sus representantes, organizar su administración y formular su programa de acción⁷. Los artículos 373 y 374 del Código Sustantivo del Trabajo reconoce además las siguientes facultades: investigar los diferentes aspectos de la situación de trabajo para buscar su mejoramiento, celebrar convenciones colectivas, formar comisiones de reclamos, presentar pliegos de peticiones, declarar la huelga, asesorar a sus asociados en la defensa de sus derechos, representar sus intereses en juicios o ante cualquier autoridad u organismo, promover la educación de sus miembros, prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación o calamidad, adquirir bienes muebles e inmuebles para el ejercicio de sus actividades, fundar toda clase de instituciones que sirvan a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y previsión propios de los miembros de un sindicato, entre otras.

Para el desarrollo de sus fines los sindicatos también tienen la libertad de afiliarse a federaciones, confederaciones y a organizaciones internacionales. Son también elementos esenciales de la libertad sindical el derecho de reunión, de manifestación y de publicar informaciones, y la obligación del Estado de proteger a los sindicalistas contra eventuales acciones que obstaculicen cualquiera de sus acciones de proselitismo sindical⁸.

6. En garantía de la libertad sindical, la Corte Constitucional ha con-

⁷ Convenio 87 de la OIT, artículo 3.1.

⁸ Comité de Libertad Sindical (1973), párrs. 133 y 134, citado por Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 275. Convenio 98 de la OIT, artículo 1.

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 38, 56, 86, 93, 214 n.2, 219, 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 1) y artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 2)
Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 1)
Comisión Codificadora, artículos 38 y 41 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: mayo 8
Comisión V: marzo 20 y mayo 7
Comisión conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 6, 10, 13, 18, y 28

LEGISLACION

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 12 y 362
Código Penal, artículos 290 a 292

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-441, T-443, C-449

1993

C-013, C-074, T-081,
C-152, T-240, T-302,
C-486, C-593.

1994

C-089, C-110, T-230,
C-265, C-272, T-326,
C-336, T-363, C-453,
C-473, C-529

1995

T-016, T-079, C-085,
T-099, C-106, T-143,
T-149, T-173, T-209,
T-313, C-315, SU-342,
C-394, C-450, C-521,
SU-599

1996

C-021, T-171, C-191,
C-253, C-318, T-399

denado los actos de discriminación de los miembros de los sindicatos, como son el aumento de salario con exclusión de los trabajadores sindicalizados o la negativa a programar para ellos horas extra de labor⁹.

7. En busca de la democratización de las organizaciones sociales y con ello de la formación de una cultura democrática, la Constitución establece que la organización interna de los sindicatos y sus procedimientos para la toma de decisiones se atengan a los principios democráticos.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 23.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 8.
Convención Americana, artículo 16.

Convenios 11, 87 y 98 de la OIT.

⁹Corte Constitucional, Sentencias T-230/94, MP. Eduardo Cifuentes y T-326/94, MP. Vladimiro Naranjo.

Artículo 40

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
- 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

1. La facultad de los ciudadanos de participar en la orientación del Estado proviene de las revoluciones liberales, y tiene su origen remoto en la democracia griega. El principio teocrático que dominó en la Edad Media de acuerdo con el cual el poder residía en última instancia en la divinidad –lo que se traducía en el gobierno de el depositario de su voluntad– fue sustituido en la modernidad por el principio de la autonomía, es decir por la facultad de los seres humanos y de la sociedad de regirse por sus propias leyes y de conducirse a sí mismos. La democracia no ha sido hasta ahora una característica hegemónica de la modernidad y ha sido puesta en entredicho en los dos últimos siglos por concepciones fascistas y socialistas, y hoy todavía es aceptada por muchos apenas como un mal menor. Puestos en evidencia los crímenes del totalitarismo tanto de derecha como de izquierda, hoy no puede pensarse una sociedad justa sin que en ella exista la democracia.

2. En Colombia el régimen político del Frente Nacional había hecho crisis a finales de los años ochenta. Instalado gracias al plebiscito de 1957 el Frente Nacional había logrado detener la violencia liberal-conservadora de mitad de siglo y había creado a la vez un sistema político de exclusión de las fuerzas políticas distintas a las tradicionales, lo que llevó a que se desatendieran las propuestas de los ciudadanos y de las organizaciones populares y se reprimieran sus acciones de protesta. Los puentes entre la sociedad y el Estado se encontraban sustancialmente limitados para dar cabida a la expresión de los múltiples reclamos que

nacían de una comunidad agobiada por la violencia y la pobreza. El clientelismo y la corrupción se hicieron características de las instituciones haciendo que éstas actuaran en favor de intereses particulares como la permanencia en el poder de las huestes de los partidos tradicionales y el enriquecimiento de los sectores poderosos de la economía, y no en la búsqueda del bienestar general. El desprestigio de los partidos políticos y la corrupción electoral, pero en especial la deslegitimación del Congreso, obraron como causas y detonantes de la crisis y de la convocatoria de la Constituyente.

De ahí que el proceso de paz que confluyó junto con otras iniciativas en la adopción de la nueva Constitución, estuviera acompañado necesariamente de un acuerdo de apertura democrática, que permitiera actuar a los grupos guerrilleros convertidos en actores políticos en el debate público legal, con una opción real de acceder a las diferentes instancias del poder. La supresión constitucional del sistema de alternación en el poder entre los partidos liberal y conservador y la adopción de un estatuto de la oposición son, entre otras, expresiones de tal objetivo histórico (artículo 112 CP).

3. Puestas también en crisis las instituciones de la democracia representativa era urgente la introducción en el régimen político colombiano de la democracia participativa. Esta supone una reestructuración de los distintos organismos que se derivan del principio de representación. Así, la ineficiencia y la corrupción del Congreso fueron enfrentados con el otorgamiento de mayores poderes al

CONCORDANCIAS

Para el numeral 1: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 85, 86, 93, 95, 98, 99, 100, 214 n.2, 258, 259, 260, 377.

Para el numeral 2: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 85, 86, 93, 103, 104, 106, 214 n.2, 374, 375, 376, 377 y 378.

Para el numeral 3: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 18, 20, 37, 38, 85, 86, 93, 107, 108, 109, 111, 112, 214 n.2, y 377.

Para el numeral 4: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 85, 86, 93, 103, 214 n.2, 259 y 377.

Para el numeral 5: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 85, 86, 93, 103, 154, 155, 159, 214 n.2, y 377.

Para el numeral 6: Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 30, 85, 86, 87, 88, 93, 214 n.2, 237 n.1 y 2, 241, 242 n.1 y 377.

Para el numeral 7: Preámbulo, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 43, 85, 86, 93, 96, 99, 116, 123, 125, 209, 214 n., y 377.

legislativo, en desmedro de las facultades para legislar que había ido acumulando la figura del Presidente de la República. A la vez introdujo un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades y estableció como regla general la carrera administrativa para los empleos del Estado. Fueron adoptadas también normas tendientes a lograr la modernización y democratización de los partidos políticos -aunque de manera incompleta- y se creó una nueva organización electoral con el fin de lograr su transparencia.

La presencia de la democracia participativa significa también la ampliación de los mecanismos de acción política de la ciudadanía más allá del voto, y el acceso a escenarios distintos al electoral, como pueden serlo la misma administración, la elaboración de las leyes y los organismos de control. De esta manera se abren distintos espacios a la presencia activa de las numerosas organizaciones sociales que a lo largo de los años 70 y 80 lucharon por la reivindicación de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades básicas.

En el marco de la democracia participativa, los derechos políticos comprenden tanto la atribución de escoger el gobierno y los representantes a los cuerpos colegiados, como las facultades de ser su integrante o tener iniciativa en ellos, aprobar o no su desempeño y retirar a los representantes su mandato, y poner en marcha sus controles judiciales de la Constitución.

4. El ejercicio de los derechos políticos hace real el principio de la soberanía popular, el gobierno del

pueblo. La capacidad para ser titular de su ejercicio no es de todas las personas, sino de aquellas que reúnen ciertos requisitos adicionales, los ciudadanos (artículos 98 y 99 CP). De la distinción entre los derechos de la persona y los derechos del ciudadano se deriva la diferencia entre derechos civiles y derechos políticos.

Numeral 1

5. El derecho público colombiano no fue eliminando las restricciones de la ciudadanía basadas en razones económicas, de educación o de sexo¹. Los derechos políticos son ahora de todos los ciudadanos, con la excepción de las limitaciones derivadas de la pertenencia a la fuerza pública, de las sanciones penales y de la doble nacionalidad.

A través del voto el ciudadano delega en otro su representación en el gobierno y las corporaciones públicas. Así, los ciudadanos tienen derecho a escoger las cabezas de la administración y los miembros de las corporaciones públicas. A su vez, también pueden ser elegidos en estos mismos cargos. A pesar de que la Asamblea Nacional Constituyente no dió al voto un carácter obligatorio -lo que hubiera originado algunas consecuencias adversas en sus relaciones con el Estado para quien se abstenga de sufragar- sí es un deber cívico con la sociedad que favorece su proceso de democratización.

A la realización de los fines para los cuales fueron creadas las institu-

¹ Hasta el plebiscito de 1957 (artículo 1) las mujeres no tuvieron en Colombia derecho al sufragio.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 1)
 Comisión II, artículo 15 (G.C., N° 83, pág. 10)
 Comisión III, artículos 78 y 79 (G.C., N° 83, pág. 23)
 Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 3)
 artículo 15 (G.C., N° 109, pág. 20, col. 1)
 Comisión Codificadora, artículo 42 (G.C., N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: abril 8 y 24
 Plenaria: junio 5, 6, 13, 18, 28 y 29

ciones de la democracia representativa –en especial la rama legislativa como órgano de expresión de los intereses populares y de control del ejecutivo– puede contribuir el ejercicio del derecho al voto a partir de una decisión en favor de aquellos que tienen un compromiso con el respeto de las libertades y los principios del Estado de derecho. En el espíritu de la nueva Constitución reside la intención de una verdadera renovación de la clase política que integra los cuerpos colegiados. La abstención electoral, que se ha mantenido en Colombia en niveles altos, no obstante constituir el incumplimiento de un deber ciudadano, obra también como instrumento de control de los gobiernos, y su permanencia es causa de la pérdida de legitimidad del Estado.

Numeral 2

6. Como consecuencia de la profundización de la democracia representativa a través de la consagración del principio de soberanía popular y de las instituciones de la democracia participativa, los derechos políticos se amplían para dar cabida a los mecanismos de participación. El poder de los ciudadanos de incidir en la orientación del Estado no se limita ahora al momento de la realización periódica de las elecciones. Los mecanismos de participación permiten su intervención en los asuntos públicos durante el transcurso del ejercicio de los cargos, tanto a nivel municipal, como departamental y nacional. De esta manera pueden presentar sus ideas a la consideración de las instancias decisorias o discutir las de otros ciudadanos o las de sus representantes, a través del ejercicio del cabildo abierto, la iniciativa legislativa o de reforma

constitucional, y la convocación de una Asamblea Constituyente. Con ocasión de la consulta popular y el referendo puede aprobar o rechazar programas de la administración o proyectos de ley o de reforma de la Constitución. Por último, con base en el principio de responsabilidad política de los elegidos ante los electores propio de la democracia participativa, puede también controlar de manera inmediata el desempeño de sus representantes revocando su mandato, de acuerdo con las reglas del voto programático.

Numeral 3

7. A la vigencia de los derechos políticos es necesario el goce del derecho de asociación y de una reglamentación que impulse la existencia y el libre desempeño de agrupaciones políticas y de la oposición². Estas son condición de la existencia de pluralismo político y encauzan la participación de los ciudadanos con el fin de acceder al poder. El derecho a participar en política a través de la formación de asociaciones no se limita a las entidades permanentes como los partidos, sino que también cubre a los movimientos políticos y a las organizaciones sociales.

La ausencia de limitaciones a la formación de éstas no puede oponerse, en una democracia, a la exigencia de acomodar su reglamentación interna a procedimientos democráticos; esta obligación es también consecuencia del derecho de los ciudadanos a hacer parte o retirarse de ellos, y de actuar dentro de su seno con plena libertad, lo cual sólo puede ser garantizado por

² Corte Constitucional, Sentencia T-439/92, MP. Eduardo Cifuentes.

un funcionamiento democrático. El debate público de las opiniones políticas, que implica la plena realización de las libertades de pensamiento, de expresión y de los derechos de asociación, reunión o manifestación, es requisito sin el cual no pueden desarrollarse como tales los partidos políticos. Con todo, la prohibición de establecer exigencias a la organización interna de los partidos contenida en el artículo 108 de la Constitución ha sido interpretado como un límite absoluto a la facultad de la ley de regular los procedimientos y la estructura interna de las asociaciones políticas. Esta ha sido una de las motivaciones de reiteradas propuestas de reforma constitucional orientadas a prescribir la democratización interna de los partidos³.

La Ley estatutaria de los partidos políticos, en desarrollo del artículo 112 de la Constitución, contempla el derecho de los partidos y movimientos políticos que no participan en el gobierno a ejercer la oposición en todos los niveles territoriales de la administración. En uso de este derecho los partidos pueden criticar al gobierno y plantear alternativas políticas, tener acceso a la información oficial y a los medios de comunicación del Estado, al derecho de réplica y a tener participación en los organismos electorales como el Consejo Nacional Electoral.

Numeral 4

8. Contemplada por la Constitución en su artículo 103 como meca-

³ Ver entre otras la propuesta de la Comisión para el estudio de la reforma de los partidos políticos, Recomendaciones para una reforma política, Bogotá, Mimeo, 1995, págs. 8 y 9.

nismo de participación, la revocatoria del mandato está prevista aquí como derecho político. A diferencia de la democracia representativa, la democracia participativa tiene entre sus principios básicos el de la responsabilidad política de los elegidos. De esta manera, al votar los electores imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa presentado en la inscripción de su candidatura. Con base en él los electores pueden revocarle el mandato cuando éste se aparte del programa de gobierno. El control ejercido de manera inmediata sobre la actuación de agentes estatales de elección popular complementa el limitado y posterior control que es ejercido a través del voto.

La ley estatutaria del voto programático contempla la posibilidad de ejercer este derecho respecto a gobernadores y alcaldes. Estos deberán someter a la consideración de los electores un programa de gobierno, y de resultar elegidos, proponer a concejos y asambleas la modificación de los planes de desarrollo existentes en concordancia con él.

La revocatoria del mandato será efectiva si es aprobada por no menos del 60% de los que participen en las votaciones, siempre que los sufragantes no sean menos que el 60% de los que votaron en la elección en que resultó triunfante el funcionario que se quiere revocar. En las votaciones para la revocatoria sólo podrán participar los que sufragaron en los primeros comicios.

Es necesario distinguir claramente entre la revocatoria del mandato y la pérdida de la investidura, pues la primera es una decisión política de control adoptada por los electores, mien-

LEGISLACION

Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral)
Código Penal, artículo 293
Ley 43 de 1993
Ley 130 de 1994
Ley 131 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 137 de 1994, artículo 4
Ley 163 de 1994

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-002, T-003, T-006,
T-404, T-415, T-426,
T-439, T-469, C-517,
T-530, C-544, C-588,
T-614

1993

C-003, C-016, C-020,
C-025, C-071, T-100,
C-127, C-131, C-132,
T-138, C-143, C-276,
T-319, T-383, T-414,
T-418, T-438, C-454,
C-487, T-509, C-530,
T-561.

1994

C-011, C-022, C-069,
T-085, C-089, C-089A,
T-098, T-129, C-145,
T-181, C-199, C-281,
T-294, C-311, T-317,
C-321, T-324, T-384,
C-415, T-466, C-555,
T-563, T-580.

1995

T-015, T-032, C-040,
C-041, T-059, C-084,
C-106, T-111, C-168,
T-182, C-194, C-247,
C-267, C-317, C-329,
SU-342, C-351, C-373,
T-389, T-433, T-475,
T-499, C-585, C-586,
C-592.

1996

C-021, C-038, T-053,
C-187, C-191, T-211,
C-245, C-307, T-322,
C-394, T-405, C-408,
T-416, C-494, C-599,
C-630, C-631.

tras que la segunda es una sanción judicial que puede proferir el Consejo de Estado derivada de precisas causales que contemplan actuaciones ilegítimas de los elegidos (artículos 183 y 184 CP).

Numeral 5

9. El principio de la autonomía, según el cual los ciudadanos se rigen por las leyes emanadas de su voluntad, tiene en la democracia participativa un refuerzo importante. La ciudadanía ya no sólo elige a los que hacen la ley como en la democracia representativa, sino que ella misma puede presentar a la consideración de los diferentes cuerpos colegiados, proyectos nacidos directamente de su parecer. Sólo un proyecto de iniciativa popular se ha convertido en ley de la República: el Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993). No corrió la misma suerte un proyecto destinado a desarrollar el artículo 53 de la Constitución, que contempla el estatuto del trabajo. Presentado por las centrales obreras, no fue objeto de estudio en el Congreso.

Numeral 6

10. Las acciones públicas de constitucionalidad y legalidad, dentro de las cuales se encuentran la acción de tutela, el *habeas corpus*, la acción de cumplimiento y las acciones populares,⁴ además de la impugnación

⁴ En la decisión sobre la acción de tutela y el *habeas corpus* existe una comparación directa entre la actuación de la administración y el texto constitucional y por lo tanto son acciones de defensa de la Constitución. Ver Manuel Gaona Cruz, *Control y Reforma de la Constitución en Colombia*, Tomo II, Bogotá, Ministerio de Justicia - Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pág. 53.

de actos legislativos, leyes y decretos ante la Corte Constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son también ahora derechos políticos. El control ejercido de manera inmediata sobre la actuación de los agentes estatales a través de la interposición de acciones judiciales, es un elemento esencial en la concreción de la democracia participativa. Se fortalece así el sistema de protección de los derechos constitucionales que por ser limitado y lento se tornaba insuficiente.

Dentro del marco del principio de la participación, el régimen de procedimiento de la Corte Constitucional contempla la posibilidad de solicitar conceptos a ciudadanos y organizaciones especialistas en los temas de que se ocupa, y la realización de audiencias públicas⁵, además de las acciones ciudadanas de control de constitucionalidad tradicionales en el régimen jurídico colombiano.

Numeral 7

11. Una tríada de principios está en el fundamento de la democracia. El tercero de ellos, el gobierno ejercido “por el pueblo”, da pie al derecho de los ciudadanos a ser funcionarios de la administración, o sin serlo, a desempeñar funciones públicas. Este derecho lo tienen los ciudadanos con independencia de toda consideración acerca de su filiación política y debe estar al margen de todo favoritismo. Tan sólo deben considerarse los méritos y calidades de los aspirantes en orden a garantizar la eficacia de la actuación de los distintos órganos del Estado, y su retiro sólo debe obedecer

⁵ Decreto 2067 de 1991, artículos 12 y 13.

a la ineficiencia de su desempeño y a la violación del régimen disciplinario.

Para evitar la confluencia de intereses de otras naciones en la conducción del Estado, se excluye de ello a los colombianos por nacimiento o por adopción, que hayan adquirido la doble nacionalidad.

Como un desarrollo de los derechos de la mujer en concordancia con el principio de igualdad, se obliga a que las mujeres tengan una adecuada participación en los niveles decisorios de la administración. Esta disposición no ha tenido aún desarrollo legislativo. La participación de la mujer en los cargos de dirección es todavía escasa (19%) si se tiene en cuenta que su participación en la conformación total de la población es del 50.4%.

Representa un avance importante en el proceso democrático que la Constituyente haya depositado su confianza en la capacidad de las mujeres para conducir el Estado, contrariando los perjuicios todavía comunes acerca de la falta de idoneidad, de los cuales se desprende su discriminación en el trabajo. Esta acción afirmativa en el campo de los derechos políticos está plenamente justificada si se tiene en cuenta que las mujeres se encuentran injustamente relegadas en el ámbito político. En busca del equilibrio entre las tareas que la sociedad le encomienda a hombres y mujeres, la mayor presencia de la mujer en los asuntos del Estado debería acompañarse de un mayor compromiso del hombre con los asuntos privados.

A la garantía de los derechos políticos de la mujer se puede llegar también a través de la modificación

de las prácticas internas de los partidos políticos, de tal manera que las mujeres tengan una mayor presencia en los cuadros directivos y en los renglones elegibles de las listas presentadas a los escrutinios destinados a escoger dignatarios en el ejecutivo y en los cuerpos colegiados. No obstante, la participación de las mujeres en el poder legislativo ha disminuído en las últimas elecciones. En 1991, 8 mujeres fueron elegidas en el Senado, representando el 7.8% del total de senadores; en 1994 este número bajó a 7 (6.9%). En la Cámara de representantes la disminución es más marcada: en 1991 eran 11 las elegidas (5.6%); en 1994, son 6 representantes mujeres (3.1% del total de miembros de la Cámara).

12. En la definición de los derechos políticos la Constitución Colombiana va más allá de los tratados internacionales de derechos humanos. Redactados dentro de la concepción de la democracia representativa, éstos no consagran como tal la facultad de hacer uso de los mecanismos de participación. En los tratados la vigencia de los derechos políticos, y con ellos, de un sistema democrático, es condición necesaria del respeto de los derechos humanos. Según la interpretación de instancias internacionales, los gobiernos elegidos popularmente son mejores garantes de los derechos humanos⁶. Además, consideran la existencia del Congreso y un poder judicial independientes como requisitos necesarios para la existencia de un control real de los poderes de la administración. No obstante es neces-

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 21.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25.

Declaración Americana, artículo 20.

Convención Americana, artículo 23.

⁶Entre ellas la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver Daniel O'Donnell, op. cit., pág. 287 y ss.

rio hacer aquí una consideración adicional. La presencia de un gobierno de elección popular y un respeto mayor o menor al principio de separación de poderes, no son suficientes para lograr el respeto de los derechos humanos. La democracia no existe si siendo un “gobierno del pueblo” no es a la vez un gobierno para el pueblo, es decir, un gobierno “para la libertad de cada uno de los individuos que comprenden el pueblo”⁷, o lo que es lo mismo, un gobierno respetuoso de los derechos de las personas. De ello hoy son ejemplo Colombia y otros países de América Latina, en los que democracia formal no se identifica con regímenes que efectivamente garanticen los derechos constitucionales.

⁷ André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1981, pág. 398.

Artículo 41

*En todas las instituciones
de educación, oficiales o
privadas, serán
obligatorios el estudio de
la Constitución y la
Instrucción Cívica. Así
mismo se fomentarán
prácticas democráticas
para el aprendizaje de los
principios y valores de la
participación ciudadana.
El Estado divulgará la
Constitución.*

1. La última de las cláusulas que reconocen derechos civiles y políticos desarrolla al menos tres ámbitos del orden constitucional: la educación, la democracia participativa y la divulgación de la Carta Fundamental. Reunidos en este artículo, estos tres órdenes de la normatividad constitucional confluyen en el objetivo de contribuir a la consolidación de los principios democráticos en la vida política y social, en la cotidianidad y en la cultura.

2. La realización de las posibilidades de democratización que la Constitución alberga y su misma supervivencia frente al movimiento de contrarreforma, están sujetos en gran medida a que la sociedad presente y la del futuro se apropien de sus contenidos, y refrenden y consoliden la legitimidad democrática de su origen, la más amplia en la historia de las constituciones de Colombia. Por lo tanto la vigencia de la Carta Fundamental se cifra, entre otros aspectos, en que ella se convierta en una Constitución “viva”, logre dar continuidad al proceso político del cual se originó y fortalezca y amplíe la tradición democrática que la hizo posible. Y a la vez, en que ella contribuya a que la vida política colombiana que sigue a su expedición se desarrolle dentro de los cauces democráticos.

Además de la eficacia derivada de su fuerza legal, la tarea de hacer realidad la Constitución sólo puede darse si se cuenta con una cultura que impulse el ejercicio de las libertades, el respeto de los derechos de los demás, la participación en política y la búsqueda de la justicia social y la paz.

En atención a la necesidad de procurar la vigencia, el desarrollo y

la supervivencia de la Carta, el constituyente desarrolló en este artículo una estrategia para hacer que se cumpla la Constitución y se renueve el pacto social y político que le dio origen: la vinculación de las futuras generaciones al compromiso que a ella subyace. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el contenido del artículo 41 es expresión del “derecho fundamental a la integridad y supremacía de la Constitución”¹. El derecho a la Constitución tiene en el artículo 41 uno de sus instrumentos de realización más importantes. La pedagogía de la Constitución es un derecho fundamental de las personas, en cuanto de su realización depende la vigencia efectiva de la Carta, y con ella de sus derechos².

De lo dicho puede colegirse que, incorporada a la Carta Fundamental como una obligación en cabeza del Estado y de algunos particulares, la pedagogía constitucional encierra un verdadero derecho y por lo tanto es adecuado que ocupe un lugar entre los derechos civiles y políticos³. Se trata de la facultad de las personas de exigir que se les brinde lo necesario para acceder al conocimiento de la Constitución, es decir a que sean formadas dentro de su espíritu democrático. Este derecho concuerda con lo establecido en los artículos 67 y 45 de la Constitución que consagran el derecho a

¹ En este sentido Corte Constitucional, Sentencia T-006/92, MP. Eduardo Cifuentes y el Salvamento de voto a la sentencia C-543/92, suscrito por los magistrados Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.

² Iván Orozco Abad, “Los derechos fundamentales en la nueva Constitución” en *Revista Política Colombiana*, No. 5, 1991, pág. 21.

³ En sentido contrario Carlos Lleras de la Fuente, et. al., op. cit., pág. 138.

una educación en el respeto de los derechos humanos y el derecho de los jóvenes a una formación integral. En el espacio internacional, el principio 10 de la Declaración de los Derechos de los Niños contempla el derecho de los niños a formarse en un espíritu de solidaridad y tolerancia y de paz entre los pueblos.

La Constitución ha puesto en los establecimientos educativos estatales y privados la obligación de su enseñanza. Con ello la educación formal contribuye a la eficacia de la Constitución procurando que los niños y los jóvenes conozcan su contenido en especial los derechos y sus mecanismos de protección, los deberes y los mecanismos de participación y se los apropien en la cotidianidad. En desarrollo de este encargo la educación no sólo cumple con la tarea de divulgar la Constitución, sino que también redefine su cometido esencial. Más allá de la necesaria incorporación al pensum académico de una materia que pueda llamarse "Constitución", al prescribir la divulgación de los principios constitucionales el artículo 41 orienta la educación hacia la formación del colombiano "en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia", en concordancia con el artículo 67 de la Constitución, y con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁴.

⁴ "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales" Declaración Universal, artículo 26.2. "Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas" Declaración americana, artículo XII. El artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pos-

A pesar de que el Estado colombiano ha logrado consolidar un sistema educativo de amplia cobertura –de todas maneras todavía insuficiente–, la educación formal no ha sido un instrumento eficaz de socialización en los valores democráticos y de modernización de la cultura política. Sobre la educación recae parte de la responsabilidad por la crisis de irrespeto de los derechos y ausencia de participación que se cierne sobre nuestra sociedad⁵. En adelante la educación no debe estructurarse con exclusividad en el aprovisionamiento de información sobre la ciencia y la técnica, sino que debe hacer énfasis en la construcción de una cultura y una sociedad democráticas.

La realización de este objetivo requiere del conocimiento de la Constitución y de la instauración de una cotidianidad escolar democrática. Para no entrar en contradicción con los postulados constitucionales, los métodos educativos deberán ser en sí mismo democráticos. Libertad, igualdad, participación, derecho a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, pensamiento y expresión, libertad de enseñanza, de aprendizaje, de investigación y de cátedra, autonomía universitaria, debido proceso, respeto de la diversidad étnica y cultural y la proscripción de los tratos degradantes, deberán ser realidad en las relaciones entre maestros y alumnos, y entre directivos y maestros, y en general entre todos los participantes en el proceso educativo.

tula que la educación de las personas "debe orientarse hacia el pleno desarrollo... del sentido de su dignidad... y debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre".

⁵ Ver Jorge Orlando Melo, "Algunas consideraciones globales sobre 'modernidad' y

CONCORDANCIAS

Preámbulo; artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 44, 45, 67, 86, 93, 95 n.4, 214 n.2, 222, 282 n.2, y 377.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 7, col.3)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 31, col.2)

DE LOS DEBATES:

Comisión I, abril 8 y mayo 11 y 25
Plenaria: junio 6, 10, 13, 21 y 28

LEGISLACION

Ley 24 de 1992, artículo 9
Ley 107 de 1994
Ley 115 de 1994, artículo 14

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS

1992
T-002, T-012, T-402,
C-416, T-426, T-486,
T-502, T-566, T-614

1993
C-018, T-121, T-383,
T-495

1994
C-089, T-450

1995
C-225, T-337, T-543, T-597

1996
C-045, T-515

Convertidos los derechos humanos en método de la educación, no sólo es posible un distanciamiento de la tradicional educación autoritaria, sino que también pueden afincarse circunstancias más propicias para la creación del conocimiento. En un ambiente de libertades, tolerancia, diálogo y crítica hay una mayor posibilidad de pensar. Existe una fuerte relación entre derechos humanos y verdad con base en la cual Estanislao Zuleta afirma la posibilidad de que “la libertad nos haga verdaderos”, invirtiendo postulados propios del dogmatismo religioso según los cuales “la verdad nos hacía libres”, que han afectado la educación colombiana desde la colonia⁶.

Es también deber de todos defender y difundir los derechos humanos como fundamento de convivencia pacífica (artículo 95 n.4 CP), en concordancia con el preámbulo de la Declaración universal que llama a los individuos y las instituciones a promover mediante la enseñanza el respeto a los derechos y las libertades.

3. La instauración de métodos democráticos en la educación hace parte de la tarea de propiciar las prácticas participativas que éste artículo asigna al Estado⁷. La formación de una cultura participativa se enfrenta a la

‘modernización’”, en Fernando Viviescas y Fabio Giraldo, Comp., *Colombia: el despertar de la modernidad*, Bogotá, Foro Nacional por Colombia, 1991, pág. 242.

⁶ Estanislao Zuleta, *Colombia: Violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991, pág. 264.

⁷ En desarrollo de este principio constitucional la Ley 107 de 1994, artículo 2, coloca en los rectores el deber de estimular la participación democrática en todos los ámbitos de la vida de la comunidad educativa.

despolitización de la sociedad, a la indiferencia social y al abstencionismo electoral, busca formar ciudadanos y que éstos se hagan responsables de su destino común. Sin el trasfondo de una cultura en la que los individuos se conduzcan a sí mismos y consideren de su interés los asuntos públicos, las instituciones de la democracia participativa sólo podrán desarrollarse de manera precaria.

El deber de las autoridades de promover la participación no se limita al contexto escolar. En todos los ámbitos la actuación del Estado encierra una proyección pedagógica. Por ello la adopción de procedimientos democráticos y la formación de ciudadanos en la cultura de la participación, ha de estar siempre presente en el desempeño de las funciones de las autoridades, de todas las ramas, en todos los niveles y en cada uno de las divisiones del ordenamiento territorial, en concordancia con el artículo 2 constitucional, que establece como fin esencial del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

4. El Estado tiene la obligación de dar a conocer a la población la Constitución valiéndose de todos los instrumentos de divulgación idóneos, entre ellos los medios de comunicación y las campañas educativas. La divulgación de la Constitución apunta a que la generación actual y las que le sigan conozcan sus derechos y sus deberes constitucionales, y las obligaciones que le corresponden al Estado, permitiendo que cada ciudadano y las distintas organizaciones sociales reclamen su cumplimiento a los

demás miembros de la sociedad y lo exijan al Estado, en la cotidianidad de la vida pública y privada, y a través de las acciones judiciales y la participación política.

La obligación de dar a conocer la Constitución y en especial los derechos humanos tiene también asiento en múltiples normas del derecho internacional. Así, los Estados deben velar porque se incluya una “información completa sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión”⁸. Del artículo 42 de la Convención Sobre los Derechos del Niño se deriva la obligación de divulgar su contenido entre niños y adultos. (Ver comentario al artículo 13 en este volumen).

La Constitución y la ley asignan obligaciones específicas en esta materia a algunos órganos del Estado. Dentro de las funciones constitucionales del Defensor del Pueblo está la de divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza⁹. Los tribunales están también llamados a divulgar la jurisprudencia (Ley 107 de 1994). En ejercicio de esta tarea la Corte Constitucional ha advertido a los funcionarios de la Caja

Nacional de Previsión para que no vuelvan a incurrir en la violación de los derechos fundamentales protegidos en la decisión¹⁰. También ha ordenado al Ministerio de Defensa y a la dirección de la Policía Nacional divulgar la doctrina constitucional de un fallo en las instituciones militares y a los miembros de la policía¹¹. Tutelando los derechos a la circulación y a la dignidad humana de un grupo de desplazados la Corte ordenó a la Defensoría del Pueblo impartir un curso de derechos humanos a la Gobernadora y a todos los alcaldes del Departamento de Cundinamarca, quienes se habían opuesto a permitir el asentamiento de los primeros en su jurisdicción territorial¹².

El artículo 222 de la Constitución prescribe la formación del personal de la fuerza pública dentro de los principios democráticos y los derechos humanos. Esta tarea es bastante precaria pues no tiene un espacio importante en el *pensum* militar y policial y todavía es evidente en el pensamiento de las fuerzas de seguridad una ideología cercana a las tesis de la doctrina de la seguridad nacional.

A este respecto es de extrañar la puesta en marcha por los gobiernos Gaviria y Samper, y por las autoridades de las demás ramas del poder público, de un amplio programa de conocimiento de la Constitución dirigido a todos los habitantes del país, que vaya más allá de la labor que al

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, Preámbulo y Artículo 26.2.
Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.1.
Declaración Americana, artículo XII.
Convención contra la Tortura, artículo 10.1.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 7.
Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, artículo 3.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 42.”

⁸ Convención contra la Tortura, artículo 10.1

⁹ Constitución Política, artículo 282 n2; Ley 24 de 1992, artículos 9n1 y 30, y Ley 107 de 1994, artículo 3—que alude también a la participación de los personeros en la divulgación de los derechos humanos—.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-462/92, MP. Eduardo Cifuentes

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-439/92, MP. Eduardo Cifuentes.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-227/97, MP. Alejandro Martínez.

respecto se realiza en la educación formal y dentro del aparato estatal. Incongruencias con su espíritu y una persistente debilidad pueden notarse en la opinión pública, en los diferentes sectores sociales y en la formación de los funcionarios del Estado cuando se trata de aplicar la Constitución y de salir en su defensa frente a sus enemigos.

La apropiación de derechos y deberes jurídicos por la población puede derivar en el desarrollo de una ética ciudadana que contribuya a la convivencia. Esta puede ser una respuesta consistente al vacío o la crisis de la ética religiosa, hegemónica en nuestra sociedad antes de los procesos de modernización que aunque precarios, han transformado radicalmente la vida de los colombianos en el Siglo XX. En este sentido se afirma que "la carta de derechos, en cuanto ética de la democracia, se perfila en tal sentido como una alternativa. La carta de derechos está concebida como el centro pedagógico de articulación de un consenso mínimo en torno a las reglas y los contenidos ético-materiales que deben informar la convivencia civilizada"¹³.

6. Una visión de este artículo identificada de manera exclusiva con la pedagogía constitucional resulta a todas luces parcial, a menos que ésta se entienda como comprensiva no sólo de la obligación del Estado de divulgar la Constitución, sino también de la definición del sentido fundamental de la educación y de la reiteración del deber de las autoridades de promover en todas sus actuaciones las prácticas participativas.

¹³ Iván Orozco Abad, *idem*.

Capítulo 2

DE LOS DERECHOS
SOCIALES,
ECONÓMICOS
Y CULTURALES

LIBARDO SARMIENTO*

Introducción

El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como parte del desarrollo universal de los derechos humanos es un legado del siglo XX. Los derechos civiles y políticos son logros morales de la humanidad que datan de los siglos XVIII y XIX, respectivamente. En efecto, en un principio el protagonismo fue para los derechos civiles: los derechos de libertad de expresión, de confesión, de movimiento y a un juicio justo. A finales del siglo XIX y a principios del XX la atención se centró en torno a los derechos políticos, al voto y la representación en un gobierno elegido. La tercera oleada en el reconocimiento y conquista de derechos tuvo como objetivo las libertades positivas, esto es, la conquista de los derechos globales de bienestar o sociales, que son necesarios para una oportunidad igual en la vida civil y que se constituyen en la base necesaria para poder ejercer tanto los derechos civiles como los políticos¹.

En efecto, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su artículo 22 se establece: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". El artículo 23 señala que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. El artículo 25 a su vez afirma que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por

* Para la elaboración de estos comentarios el autor contó con la asistencia de investigación de la economista Patricia Cortés C. y del abogado Andrés Cepeda J.

¹ Libardo Sarmiento (Compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social - PNUD, 1995.

circunstancias independientes de su voluntad. El artículo 26 se relaciona con el derecho a la educación que tiene toda persona, cuyo objeto será el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Posteriormente, se produjo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200, el 16 de diciembre de 1966. En el preámbulo del Pacto se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, y se afirma que estos derechos se desprenden de la dignidad propia de la persona humana.

Las constituciones modernas buscan sustentarse en primer lugar y sobre todo en los derechos humanos. Estas libertades básicas conforman el corazón de una «sociedad civil». Por un lado, aseguran el dominio legal privado e inviolable del individuo. Por otro, colocan a las personas en posición de crear individual o colectivamente «espacios públicos», donde definen y materializan los valores comunes. Además, el derecho internacional se funda no sólo en la proclamación de los derechos humanos, sino también en la obligación de los estados de protegerlos².

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, fueron firmados por el gobierno colombiano el 21 de diciembre de 1966, aprobados mediante la Ley 74 del 26 de diciembre de 1969 por el Congreso de la República y entraron en vigor el 3 de enero de 1976.

Estos derechos se encuentran consagrados en los títulos I y II de la Constitución Política, especialmente en el capítulo 2 del título II: “De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales”. Los titulares de estos derechos son las personas. La Constitución Nacional no hace distinción por razones de nacionalidad. La Constitución Política de 1991 es definida como una “Carta de Derechos”. La fundamentación moral de esta Carta es la dignificación del ser humano y para ello el instrumento o estrategia básica la constituye la construcción de un Estado social de derecho.

En efecto, los derechos sociales, económicos y culturales son un fundamento básico del Estado social y democrático de derecho promovido por la Asamblea Nacional Constituyente en remplazo del Estado liberal. En efecto, la nueva Carta introduce tres pilares básicos e integrales: i) derechos, deberes y garantías; ii) plena democracia y participación ciudadana; y, iii) autonomía territorial.

² Daniel Thuerer, “¿Autonomía en lugar de secesión?”, en *Desarrollo y Cooperación*, No. 1, Berlín, 1996.

Además, la Constitución reconoce los valores de igualdad, libertad y participación ciudadana como el contenido esencial de la justicia social. En consecuencia los derechos sociales, económicos y culturales se han politizado, pero sus fundamentos siguen siendo éticos. Sólo los procesos democráticos los legitiman y requieren de su expresión en el sistema jurídico. Para garantizar estos derechos se necesita la consolidación de un sistema institucional y social integral, eficiente, universal y solidario, y contar con el financiamiento suficiente, el desarrollo organizacional y los mecanismos administrativos de acceso.

El viejo Estado liberal sólo hacía concesión a algunos derechos civiles y políticos, desconociendo los derechos sociales, económicos y culturales. Respondía a una sociedad autoritaria, jerarquizada, patrimonialista y clientelista que reforzó una ética de la desigualdad. Por ello su política social era centralista, sectorial, compensatoria, asistencial, tecnocrática y residual.

Colombia está en una transición de un sistema estadocéntrico a otro sociocéntrico. En el primero el Estado es fin en sí mismo; en el segundo es instrumento, medio de realización. El Estado social y democrático de derecho está al servicio del fortalecimiento de la sociedad civil y de la realización de los principios de igualdad, libertad, autonomía, dignidad humana, calidad de vida y democratización social y política. Este es el sentido del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia al señalar que “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Al incluir explícitamente los derechos sociales, económicos y culturales como parte fundamental del Estado social y democrático de derecho, la Asamblea Nacional Constituyente tuvo en cuenta la evolución histórica y política del concepto de derechos fundamentales. En este proceso existe una diferencia básica entre la concepción clásica liberal de los derechos humanos y los derechos sociales, económicos y culturales, cuya aparición es posterior. Los primeros dan a las personas un poder para actuar, los segundos le otorgan la facultad de reclamar determinadas prestaciones sociales al Estado y a la sociedad.

Estos derechos fundamentales constituyen un conjunto de exigencias por parte de las personas. Como lo establece el preámbulo del Pacto Internacional sobre estos derechos adoptado por las Naciones Unidas en 1966, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Esta exigencia, a su vez, impone el reconocimiento de la dignidad humana a la organización política de la sociedad. La libertad individual y la libertad

jurídica deben hacerse efectivas a través de las exigencias que las personas y los grupos plantean a la sociedad y al Estado con el fin de que les proporcione los medios para alcanzar una existencia digna. Los derechos individuales y los derechos económicos, sociales y culturales se complementan: los segundos amplían el ámbito de protección de la persona, asegurándole incluso las condiciones materiales para el disfrute efectivo y pleno de los derechos individuales.

En este sentido, la jurisprudencia desarrollada a la Constitución de 1991 coincide con la orientación que la Asamblea Nacional Constituyente quiso dar a las garantías de un Estado social y democrático de derecho según la Corte Constitucional³, la unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada “Constitución Económica” –Título XII, Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública– con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial los derechos sociales, económicos y culturales (arts. 42 a 77 C.P.). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (arts. 324, 334, 350, 357, 366 C.P.). En estas circunstancias se concreta la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales.

De este modo, con la inclusión explícita de los derechos sociales, económicos y culturales, los Constituyentes buscaron que la democracia en Colombia adquiriera un sentido más profundo y real. Esta perspectiva indivisible de los derechos humanos garantiza que la participación y la defensa de los derechos y las libertades alcancen un nivel ético y normativo superiores y necesarios para que la nueva Carta se constituya en un instrumento de solidaridad, justicia, equidad y autonomía humana.

De acuerdo con el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte deben presentar informes periódicos sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. Durante la vigencia del Pacto, Colombia ha presentado tres informes periódicos sobre el desarrollo de estos derechos en el país ante el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. El último informe fue presentado en 1994, con una información adicional en junio de 1995, y discutido por el Comité en noviembre de 1995 en la ciudad de Ginebra, Suiza. Las conclusiones finales en su consideración del tercer informe periódico de Colombia fueron adoptadas por el Comité en diciembre de 1995.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes.

En estas observaciones finales se reconocen como aspectos positivos de la labor del Estado colombiano en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la legislación interna, las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en la Constitución de 1991 y el amplio programa de reforma legislativa dirigido a la promoción y respeto de los derechos humanos, y a asegurar procedimientos efectivos para remediar violaciones de los derechos fundamentales. Además, el Comité tomó nota de la intención del gobierno de ratificar el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

No obstante, el Comité identificó una serie de factores y dificultades que impiden la aplicación y ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia. Entre los principales aspectos de preocupación señaló la persistencia de niveles elevados de pobreza y de un clima de violencia generalizada. Estos factores desestabilizan seriamente al país y dificultan los esfuerzos gubernamentales orientados a asegurar a todos el pleno disfrute de sus derechos. El Comité señaló que dichos factores desestabilizantes son consecuencia de las graves desigualdades en la sociedad, tales como las enormes disparidades en la distribución de la riqueza nacional, incluyendo la propiedad sobre la tierra. De igual manera el permanente establecimiento de estados de emergencia repercute de manera adversa sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia.

Los principales aspectos que el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales resalta como preocupantes en Colombia están relacionados con una característica inherente al modelo sociopolítico nacional: la injusticia social y el desprecio por la vida aumentan con el crecimiento de la economía. En efecto, en 1995 el valor agregado nacional creció en más de 5% y la inflación cedió en dos puntos, mientras los niveles de población pobre, con ingresos insuficientes, se mantenía en 52%; la distribución del ingreso es tan desigual como 25 años atrás y tiende a concentrarse aún más; la tasa de desempleo sigue rondando su histórico 10%, y los colombianos asesinados superan los 25 mil al año.

El Comité profundizó en sus observaciones finales en otros aspectos particulares y graves en la violación de los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia. Entre éstas se resalta la tasa de mortalidad infantil de Colombia como una de las más altas en Suramérica, lo anómalo entre los niveles de pobreza respecto a una economía con crecimiento estable, el desplazamiento forzoso producto de la violencia política, la existencia de un alto número de niños abandonados o niños de la calle privados de todos sus derechos, la ineficiencia de la acción gubernamental para erradicar la mal denominada "limpieza social", la falta de garantía en el suministro a la comunidad de los servicios sociales, educativos y de salud más básicos en regiones de alta violencia, la continuidad en la discriminación en contra de la mujer,

la caída del valor real de los salarios, la violación del derecho de muchos trabajadores a formar y a asociarse a sindicatos y a participar en negociaciones colectivas y acciones huelguísticas, el trabajo infantil en actividades de alto riesgo, el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el lugar del trabajo, el amplio déficit de viviendas y la precariedad de la vivienda de los hogares pobres, el limitado acceso a la educación, el descenso en la calidad de la educación secundaria y la precaria situación laboral de los docentes. En general, el Comité recomendó al gobierno colombiano avanzar en los desarrollos constitucionales, normativos e institucionales que permitan garantizar el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales de manera universal en el país.

Para ello, se requieren reformas de carácter estructural que mediante los instrumentos fiscales aborden el problema de la distribución inequitativa de la riqueza y se combata efectivamente la pobreza que caracteriza el país. Ello implica dar prioridad a la política social en su financiamiento y en el mejoramiento de la eficiencia de los programas de desarrollo social y económico de Colombia, al igual que avanzar en el desarrollo de la legislación acorde con los principios del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución de 1991.

Nuevamente, la jurisprudencia no deja dudas sobre el imperativo y responsabilidad que le corresponde tanto al Estado como a la sociedad civil en la construcción del Estado social y democrático de derecho, el cual hasta ahora, como lo anota el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es demasiado parcial, precario e inexistente para la gran mayoría de los ciudadanos colombianos. Según la Corte Constitucional⁴, los Derechos económicos, sociales y culturales implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Su razón de ser está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales. Las diferentes categorías de tales derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, “sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-570/92, MP. Jaime Sanín.

Artículo 42

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

*Las formas del
matrimonio, la edad y
capacidad para
contraerlo, los deberes y
derechos de los cónyuges,
su separación y la
disolución del vínculo, se
rigen por la ley civil.*

*Los matrimonios religiosos
tendrán efectos civiles en
los términos que establezca
la ley.*

*Los efectos civiles de todo
matrimonio cesarán por
divorcio con arreglo a la
ley civil.*

*También tendrán efectos
civiles las sentencias
de nulidad de los
matrimonios religiosos
dictadas por
las autoridades de la
respectiva religión, en los
términos que establezca la
ley.*

*La ley determinará lo
relativo al estado civil de
las personas y los
consiguientes derechos y
deberes.*

La familia colombiana es una estructura heterogénea en lo cultural, lo étnico, lo social, y en su conformación, diversa regionalmente y en profunda transformación de acuerdo con los acelerados cambios sociales del país. En sus orígenes la familia en Colombia combina los legados culturales de la familia española, el aporte de los aborígenes americanos y de los esclavos negros provenientes de África. La familia española heredó una estructura patriarcal, con jerarquización entre los sexos, basada en el mayorazgo y el parentesco materno; en ella el matrimonio se consideraba indisoluble y no estaba permitida la infidelidad. La familia aborígen tenía otras reglas con relación a los derechos y obligaciones sexuales, era uterina con diversos sistemas de parentesco y las relaciones fuera del matrimonio eran más flexibles. El legado africano fue más pasivo en razón de las limitaciones que se hacían a los esclavos para conformar hogares. Rasgos de la cultura aborígen, española y negra se mantienen entremezclados o aislados y hoy todavía demarcan hibridación cultural¹.

No obstante, la ideología católica ha dominado la ética del país y por ende los imaginarios culturales respecto a la familia. La cultura determinada por la iglesia católica, el autoritarismo, lo hispánico, la pureza de sangre, el machismo, la monogamia, el matrimonio de por vida, las relaciones heterosexuales y patriarcales, la división funcional de roles entre el hombre y la mujer hasta hace poco

fueron los valores que idealizaron el concepto de familia en Colombia.

La cerrada oposición de la jerarquía católica y la actitud reaccionaria del régimen oligárquico no pudieron detener las transformaciones sociales y culturales que generaron el desarrollo económico, la urbanización, la influencia de los medios masivos de comunicación, la movilidad social y territorial, los aumentos en los niveles educativos y la flexibilización en las relaciones humanas. La laicización de la población, la regulación del capitalismo que disgrega la familia y pone a trabajar a la mujer, socava la base material del machismo y va homogenizando e igualando-, la promoción de los derechos humanos, el respeto al individuo, la defensa de la autonomía, la exigencia por un mayor bienestar social y las aspiraciones democráticas transformaron la escala de valores de la sociedad colombiana².

La familia no escapó a la influencia de estos cambios. Con el proceso de modernización en Colombia en las formas de producción y de consumo, en los modos de vida, en la rápida urbanización, en la mayor educación e incorporación de la mujer a los mercados laborales y con la influencia de los medios de comunicación internacionales, se registra un panorama de coexistencia de familias polimorfos, desinstitucionalización e inestabilidad de las uniones.

En las últimas décadas se presenta un incremento en las separaciones y reconstitución de familias –en el país

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 5, 7, 13, 15, 19, 21, 28, 43, 44, 46, 67, 68, 93, 94, 95 n.1, 334, 366.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 50

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1° (G.C. N° 83, pág. 38, col. 3)
Comisión V, (G.C. N° 83, pág. 39, col. 1)
Primer Debate, artículo 1° (G.C. N° 109, pág. 6, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 26 y 43 (G.C. N° 113, pág. 3)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8
Comisión V: mayo 10 y 15
Plenaria: junio 5, 10, 14, 15, 28 y 29
Codificadora: junio 21 y 22

¹ El análisis de la familia en Colombia se basa en: Consejería Presidencial para la Política Social-PNUD, *Reflexiones para la intervención en la problemática familiar*, Bogotá, 1995.

² Sobre estos cambios ver: Salomón Kalmanovitz, *La encrucijada de la sinrazón*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1989.

LEGISLACION

Ley 25 de 1992
 Ley 33 de 1992
 Ley 82 de 1993
 Ley 137 de 1994, artículo 4
 Ley 146 de 1994
 Ley 171 de 1994

hay más de 300 mil familias reconstituidas, la mayoría de las cuales presenta problemas de orden legal que sólo ahora con la posibilidad legal del divorcio comenzarán a solucionarse—, aumentan los hogares unipersonales —a finales de los años setenta representaban el 4.1% de los hogares y para finales de los ochenta el 6.1%—, los hogares nucleares aunque mayoritarios tienden a perder participación —del 58% pasan al 54%—, una proporción muy importante corresponde a hogares extensos —el 30%— y cada vez más hogares tienden a hacerse más complejos con miembros provenientes de separaciones conyugales, del empobrecimiento o de estrategias de sobrevivencia familiar; aumentan los hogares con hijos y uno solo de los padres —bien sea por el abandono del hogar por parte del hombre o de la mujer— o también menores viviendo únicamente con los abuelos o tíos —ante el abandono de los dos padres—, se establecen relaciones de pareja sin mediación de la unión o convivencia diaria, las relaciones entre homosexuales se hacen más abiertas y con uniones estables.

Se registra un descenso en el tamaño de los hogares —en 1951 era de 7 personas y a principios de los años noventa de 4.6—, a la vez que se consolida un individualismo egoísta en hombres y mujeres que defienden la autonomía, el hedonismo y sus propios proyectos de desarrollo personal y profesional en contra de las formas tradicionales de la familia hispánica y del control ideológico de la iglesia católica. Con respecto al tipo de unión, el país vive un momento de transición como consecuencia del cambio de legislación que establece el matrimonio civil como otra forma de reconocimiento legal de la unión.

Frente al surgimiento de nuevas formas familiares se registra un problema central en la negativa cultural a reconocer la condición de familia a las modalidades que escapan a la normatividad social. Según Zamudio y Rubiano³ este hecho es más manifiesto en las formas familiares derivadas de relaciones sucesivas que a pesar de su presencia social aún no tienen expresión jurídica ni protección social. Sin embargo, todos estos cambios se viven de manera muy desigual, según la región, el estrato socioeconómico, la cultura, la etnia o el ciclo vital y familiar.

Como consecuencia de estos procesos los constituyentes de 1991 quisieron dar un carácter más laico a la familia. Todo lo referente a los efectos civiles de todos los matrimonios se rigen ahora por la ley civil. En la medida que los principales aspectos del matrimonio son ahora regulados por la ley, se modificó el alcance del Concordato el cual determinaba y controlaba los matrimonios celebrados por el rito católico. Otro tanto sucede por el reconocimiento y el régimen de cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos, sin excepción.

En la Constitución de 1991 la familia es considerada el núcleo fundamental de la sociedad, en razón de sus funciones de conservación de la vida, socialización de las nuevas generaciones y afirmación y desarrollo de la personalidad. La Carta de 1991 reconoció la importancia de la familia en la comunidad nacional, al igual que el derecho de la persona a for-

³ Lucero Zamudio y Norma Rubiano, *La nupcialidad en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991

mar una familia y el deber del Estado de brindarle una protección eficaz. El reconocimiento y el amparo a la familia como institución básica de la sociedad puede considerarse un derecho fundamental (art. 42 C.P.). El artículo 5 reitera que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Esta norma es concordante con el derecho internacional. En el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece: i) los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio, ii) sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio, y iii) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció en su artículo 10 que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Señaló que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. Además, en el artículo 11 los Estados parte reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

La Constitución de 1991 es restrictiva en su definición de la familia. El inciso primero determina el carácter monogámico y heterosexual que han de tener estas uniones, al indicar que la familia se constituye por la decisión libre de “un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Esta determinación de la familia deja por fuera de la protección legal y estatal formas nuevas de relaciones entre seres humanos en su autonomía y preferencias y la posibilidad que personas de un mismo sexo puedan conformar una familia, adoptar hijos y estar protegidos por todos los derechos constitucionales. De hecho, el artículo 42 entra en contradicción con derechos fundamentales como el previsto en el artículo 16 de la Constitución que hace referencia el derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, y el 13 que establece que toda persona es libre.

En lo que sí es modernizante la Constitución de 1991 en la regulación de las familias es en la aceptación jurídica de las uniones maritales de hecho y en la mayor libertad para la disolución de las uniones. A partir de la Ley 1º de 1976 estaba instituido el divorcio en el matrimonio civil, pero en el caso de los colombianos casados por el rito católico su matrimonio ostentaba el carácter de indisoluble. El advenimiento de la Ley 25 de 1992 introduce el divorcio como medio de cesación de todos los efectos civiles de los matrimonios celebrados por los ritos de cualquier confesión religiosa, incluidos los matrimonios católicos. No se trata, según la jurisprudencia al respecto, de consagrar el divorcio del matrimonio católico. La Constitución remitió a la ley civil los efectos de todo matrimonio para indicar que por

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-402, T-421, T-424, T-426, T-439, T-450, T-502, T-523, T-531, T-533, T-584, C-588, T-593, T-611.

1993

C-019, C-027, T-079, C-097, T-101, C-127, T-179, T-189, T-190, T-202, T-212, T-224, T-240, T-250, T-273, C-276, SU-277, T-290, T-300, T-311, T-321, C-337, T-339, C-344, C-358, T-383, T-493, T-517, C-530, C-537, C-566, C-567.

1994

T-004, C-041, T-042, C-089, T-098, T-122, T-125, C-149, T-174, C-177, C-180, T-186, T-190, T-205, C-221, C-239, T-277, T-285, T-293, T-298, T-302, T-339, T-341, C-351, C-371, C-408, C-410, T-442, T-443, T-487, C-495, T-552, T-553.

1995

T-012, T-015, T-032, T-060, T-098, C-106, T-116, T-139, T-200, T-217, T-227, T-272, T-358, C-344, T-363, T-341, T-378, T-391, T-408, C-459, T-462, T-543, C-562, T-581, C-591, T-617, T-620.

1996

T-012, T-031, T-041, T-062, C-098, T-106, C-114, C-125, T-132, T-149, C-174, T-182, T-199, T-215, T-265, C-309, T-321, T-329, T-372, C-383, C-389, C-410, T-414, T-420, T-421, T-507, T-553, T-585, T-586, T-587, T-591, C-595, C-660.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 16.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.1.

Declaración Americana, artículo VI.

Convención Americana, artículo 17.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 16.

Convención sobre los derechos del niño, artículo 16.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 32, 74 y 78.

divorcio cesarán los efectos civiles más no los sacramentales; es decir, que se respetan tanto el fuero de la iglesia para estimar que ese divorcio para los fines sacramentales no opera, como el fuero interno de la conciencia del católico, como también las consecuencias jurídicas sobre el estado civil que el matrimonio y el divorcio generan si se someten a la potestad del Estado⁴.

Con relación a la protección de la familia extramatrimonial, la Carta Política de 1991 establece que la familia se constituye con ocasión del matrimonio o de una unión marital de hecho, y a la cual el Estado como la propia sociedad, deben garantizarle una protección integral. Además, la Constitución predica una igualdad de derechos y deberes de los “hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, de manera que en materia de los derechos de los niños en relación con su familia, y en particular frente a los deberes de sus padres para con ellos, no puede existir ninguna discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección. Ese tratamiento de igualdad es una norma preceptiva o de aplicación directa y no programática, por cuanto el constituyente no exige un desarrollo por parte del legislador. En resumen, la Carta protege la familia extramatrimonial en cuanto llene las características de la familia matrimonial, pudiendo afirmarse que para serlo solamente faltaría el vínculo conyugal⁵.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-027/93, MP. Simón Rodríguez.

⁵ Al respecto ver la siguiente jurisprudencia: Corte Constitucional, Sentencia T-326/93; MP.

Respecto a otros incisos del artículo 42, son particularmente problemáticos en lo relacionado con la cesación de los efectos civiles por motivo de divorcio y el derecho de la pareja a decidir libremente el número de sus hijos. En el primer aspecto varios son los efectos civiles que perduran más allá de la disolución del vínculo civil, como los derivados de la progenitura. En el segundo aspecto, las prácticas abortivas aún no son contempladas dentro de las garantías legales respecto a la libertad de la mujer de disponer de su propio cuerpo⁶.

Sobre la libre opción de la maternidad, en el debate que se llevó a cabo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se dijo que el tema del aborto no sería tratado por cuanto se consideró inconveniente para mantener un mejor clima en la Asamblea, la armonía en la sociedad y en las relaciones entre los partidos con la religión católica, señalando que este tema debería ser discutido directamente por el legislativo. Sin embargo se estableció que la mujer colombiana tiene que tener el pleno derecho a escoger el momento físico, psicológico y espiritual para desarrollar su vida sexual y la libre opción de la maternidad.

Sobre este último aspecto, la jurisprudencia señala que en atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre,

Antonio Barrera; y, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Substitutiva de octubre 25 de 1.994., MP. Eduardo García.

⁶ Carlos Lleras de la Fuente, et al, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1993, pág 140.

cuya conservación y desarrollo no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. Lo anterior no implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, ni que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, deben compatibilizarse con la protección de la vida humana⁷.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-133/93, MP. Antonio Barrera.

Artículo 43

*La mujer y el hombre
tienen iguales derechos y
oportunidades. La mujer
no podrá ser sometida a
ninguna clase de
discriminación. Durante
el embarazo y después del
parto gozará de especial
asistencia y protección del
Estado, y recibirá de éste
subsidio alimentario si
entonces estuviere
desempleada o
desamparada.*

*El Estado apoyará de
manera especial a la mujer
cabeza de familia.*

La igualdad, junto con la libertad y la fraternidad, hacen parte del ideario de la modernidad. En la Constitución Política de Colombia, en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales, se establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley y que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real (art. 13 C.P.). El artículo 43 particulariza la igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer.

En los debates que se produjeron durante el desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el tema de los derechos de la mujer se resaltaron los siguientes aspectos: igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, la maternidad tiene una función social y no puede ser causa de discriminación, y, la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad en los términos de la ley. Igualmente se señaló que no solamente se debería hablar de igualdad de derechos sino de oportunidades y de responsabilidades.

En la Asamblea Nacional Constituyente hubo consenso con relación a que la mujer no puede ser discriminada por razones de su sexo o su maternidad, y que debe gozar de especial asistencia y protección antes y después del parto, y si estuviese desempleada y desamparada recibiría subsidio alimentario por parte del Estado. Este debería apoyar singularmente a la mujer cabeza de familia. Se señaló que las condiciones laborales de la mujer madre de familia en situación de pobreza o abandono deberían ser analizadas muy cuidadosamente por cuanto tienen un carácter discriminatorio.

El artículo 43 pretende corregir las diversas formas de discriminación

contra la mujer que persisten en la sociedad colombiana en los ámbitos privado, público y laboral, a pesar del significativo mejoramiento en su situación durante los últimos cuarenta años, en relación con la educación, la transición demográfica y el mercado de trabajo¹.

Uno de los hechos más significativos es la entrada masiva de la mujer al sistema escolar, pues desde finales de los años ochenta la matrícula femenina se equipara a la masculina en todos los niveles, incluyendo el universitario. Igualmente se registra un aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral. Entre 1970 y 1990 el crecimiento de la población masculina económicamente activa fue de 61.6% y la femenina del 168%; de las 3.2 millones de personas que ingresaron al mercado laboral entre 1976 y 1991 el 54.4% fueron mujeres, pasando de representar el 37% a ser el 43% de la población económicamente activa en este período. En la transición demográfica que ha vivido el país las mujeres fueron factor decisivo. Así entre 1950 y 1990 el número de hijos por mujer se redujo de 6.7 a 3.3.

De otra parte, las desigualdades entre los sexos aún permanecen manifiestas en los siguientes aspectos: la pobreza es mayor entre las mujeres —la incidencia de la pobreza es significativa en aquellos hogares con jefatura femenina con hijos menores de 7 años:

¹ Este análisis se fundamenta en: Departamento Nacional de Planeación, *Política de participación y equidad para la mujer*, CONPES 2726, Bogotá, 1994. Consejería Presidencial para la Política Social-PNUD, op.cit. Consejería Presidencial para la Política Social, *Las mujeres en la historia de Colombia*, Bogotá, 1995.

el 43% de los hogares pobres—; la débil inserción laboral y la menor calidad del empleo —el desempleo es mayor para las mujeres: en los últimos 15 años para las mujeres fue de 13.5% y para los hombres de 8.4%; el salario femenino frente al salario masculino es inferior: 32.7% inferior en 1984 y 29.5% inferior en 1992, sin que los avances educativos de la mujer hayan significado una disminución en la discriminación salarial—; deficiente protección en salud —la tasa de mortalidad materna en Colombia es 4 veces más alta que en Costa Rica y 3 veces más que en Chile; el porcentaje de mujeres embarazadas que recibe atención prenatal sólo llega al 59% y los partos asistidos por personal de salud son el 51%; otros problemas de salud se relacionan con la prevalencia del aborto (cerca de 80 mil casos al año), el embarazo precoz (el 21% de las jóvenes entre 15 y 19 años inician su actividad sexual con alto riesgo de embarazo y el 63% no usa ningún método anticonceptivo) y la alta fecundidad en las mujeres pobres con menos educación—; la violencia y la impunidad en los delitos contra la mujer —las mujeres están sometidas en particular a altos índices de violencia doméstica: cerca del 19% son golpeadas y el 9% forzadas sexualmente—, la carga en las responsabilidades domésticas corresponde principalmente a la mujer, y la debilidad institucional en los programas dirigidos a la mujer.

En la jurisprudencia que se ha desarrollado en el país a partir de la Carta Constitucional de 1991 se reconoce la existencia de la discriminación en contra de la mujer en el ámbito de la cultura colombiana. Con base un estudio de Elsy Bonilla Castro y Penélope Rodríguez, la Corte Consti-

tucional², considera que los fundamentos culturales, ideológicos y estructurales, y la lógica de la subordinación sexual que refuerza y prolonga en Colombia tal discriminación, están relacionados con los atributos sexuales objetivos los cuales originan «biológicamente» la división social del trabajo. Esta asigna «culturalmente» de manera subjetiva, espacios y responsabilidades que son mutuamente excluyentes para hombres y mujeres. Este primer referente opera como si fuera un orden natural incuestionable que se mantiene mediante una jerarquía básica del poder centrada en la autoridad masculina. Como producto cultural la división social del trabajo se transforma en el tiempo, pero el uso subjetivo de los atributos biológicos se mantiene paradójicamente en la base como constante. Tal mecanismo reproduce acriticamente el contenido de las diferencias originadas en el sexo para sostener una relación formal de subordinación, la cual tiene repercusiones negativas para las mujeres y para la sociedad en su conjunto.

Agrega la Corte Constitucional que la división social del trabajo está relacionada también con una separación entre el trabajo remunerado, identificado como productivo -aunque una proporción importante de las actividades de las mujeres que se orientan hacia el mercado no son remuneradas- y el trabajo doméstico, definido como improductivo, al igual que las mujeres que lo realizan, quienes quedan asimiladas con los incapacitados y los inválidos, a pesar de que el bienestar de éstos depende de las actividades de aquellas. En este sentido, la

² Corte Constitucional, Sentencia T-494/92, MP. Ciro Angarita.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 5, 13, 42, 53, 93, 94, 334, 366.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1°
(G.C., N° 83, pág. 3, col. 2)
Comisión V, (G.C., N° 83,
pág. 39, col. 2)
Primer Debate, (G.C., N°
109, pág. 6, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 44 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión V: mayo 10 y 15
Plenaria: junio 6, 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

LEGISLACION

Ley 33 de 1992
 Ley 60 de 1993
 Ley 82 de 1993
 Ley 111 de 1994
 Ley 146 de 1994

subordinación de la mujer es una realidad que permea la esfera económica y las relaciones que son externas al hogar y también la esfera doméstica y sus tareas fundamentales en la reproducción biológica y la reproducción social. El trabajo doméstico es esencial para la economía aunque está ligado indirectamente al proceso de desarrollo y a la acumulación de capital. El rol y la ubicación de la mujer en el proceso de desarrollo está condicionado en gran medida por su papel primario en la esfera reproductiva (Benería y Sen, 1.982). Este condicionamiento indica que una parte significativa, cuando no todos los trabajos de la mujer, permanecen invisibles. El trabajo productivo no es fácilmente valorado por la sociedad cuando es adelantado por una trabajadora que realiza también labores domésticas.

Por ello, afirma la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada, los constituyentes de 1991 fueron conscientes no sólo de la discriminación salarial de que hoy es víctima la mujer colombiana, sino también de que muchas de ellas no reciben ningún pago por su trabajo. Es por ello que pidieron que se elevara a canon constitucional la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y se garantizaran plenamente sus derechos.

Este derecho de la mujer a la no discriminación es reconocido en la normativa internacional. En el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales los Estados Parte se comprometieron a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art. 2). En particular, los Estados se comprometieron a asegurar a los hombres y a

las mujeres igual título a gozar de todos los derechos sociales, económicos y culturales.

En el artículo 43 de la Constitución, al igual que como sucede con la niñez, la juventud y la tercera edad, la maternidad fue objeto de especial protección. Dada su estrecha relación con la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 1° de la Carta y la protección de la familia, se estimó que la maternidad debía recibir protección constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada sobre este artículo³, la necesidad de proteger a la mujer en estado de embarazo radica en su condición de “gestadora de la vida”. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla. Esta protección igualmente tiene fundamentos legales: el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 concedió a toda trabajadora el derecho a una licencia de doce semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar el descanso.

Ahora bien, según la sentencia citada, es necesario distinguir entre los derechos de la mujer embarazada que ostente la calidad de trabajadora dependiente y la mujer embarazada que se encuentre desempleada o desamparada. En el primer caso, toda mujer que trabaja tiene derecho a las prestaciones consagradas en el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, tales como el descanso remunerado durante la época del parto (art. 236), descanso remunerado en caso de aborto (art. 237), descanso remunerado

³ Corte Constitucional, Sentencia T-179/93, MP. Alejandro Martínez.

durante la lactancia (art. 238), prohibición de despido (art. 239), permiso para el despido (art. 240), nulidad del despido (art. 241), trabajos prohibidos e indemnización por incumplimiento (art. 243). Prestaciones que son debidas por el Estado o por el particular en calidad de empleadores. En el segundo caso, el Estado está obligado a la asistencia y protección de la mujer embarazada y además debe prestarle el subsidio alimentario siempre y cuando se cumplan las condiciones de: a) desempleo, es decir que al momento de la solicitud de protección y asistencia no se encuentre trabajando. Lo anterior también debe aplicarse a la mujer que trabaja en forma independiente, pero cuyo sustento es muy precario y no alcanza a sufragar los gastos adicionales del embarazo, y b) desamparo, es decir que la mujer no cuente con el apoyo de su esposo, compañero o padre de la criatura y que no posea ningún tipo de seguridad social. La obligación constitucional del Estado surge a partir de la petición que la mujer embarazada presente ante la autoridad del Estado competente para protegerla, y demuestre mediante prueba sumaria que se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas anteriormente.

En este sentido, el artículo 43 es concordante con las normas internacionales. En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales. En el artículo 10 del Pacto Internacional se concedió especial atención a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto; y se estableció también que durante dicho período se les debe conceder

licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social a las madres que trabajen.

Con relación al apoyo que el Estado debe dar de manera especial a la mujer cabeza de familia, la Corte Constitucional ha sentenciado que por diversos motivos, como la violencia que actualmente vive el país -que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas-, el abandono del hogar por parte del hombre y las madres solteras -reflejo de la displicencia del padre con respecto a la natalidad-, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de la producción, adquiriendo la responsabilidad de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos. El fenómeno de la soledad de la mujer cabeza de familia obliga a reflexionar sobre la modificación del tradicional concepto de familia que surge con el modelo padre, madre e hijo, por un esquema alterno en el que la madre ocupa el lugar de responsabilidad única o principal en la manutención y cuidado de sus hijos y del hogar.

Dice también la Corte Constitucional que la mujer es portadora y dadora de vida, merece toda consideración desde el mismo instante de la concepción. Así, por la estrecha conexión con la vida que está gestando, toda amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales es también una amenaza o vulneración de los derechos del hijo que espera. Por eso no existe duda alguna sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para la protección de los derechos de la mujer embarazada y cuya peti-

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-494, T-502, T-523,
T-527, T-529, T-574,
C-588, T-590.

1993

T-079, T-179, T-212,
T-222, T-224, T-414,
T-437, T-491, T-495,
T-497, T-517, C-530,
C-537.

1994

C-088, C-090, T-098,
T-122, C-133, T-142,
C-152, C-197, T-278,
T-292, T-339, T-341,
C-408, C-410, T-442,
T-451, T-487, C-511,
T-552.

1995

T-358, T-378, T-391,
T-442, C-445, C-459,
T-486, T-499, T-552,
C-591, T-606, T-622.

1996

T-026, T-106, T-145,
T-180, T-290, C-309,
C-408, C-410, T-568,
T-590, T-694, T-710.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 25.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 3 y 26.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 7 y 10.2.

Declaración Americana, artículos II, VII y XIV.

Convención Americana, artículo 17.

Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Convención sobre los derechos del niño, artículo 20.

Convenio I de Ginebra, artículo 12.

Convenio II de Ginebra, artículo 12.

Convenio III de Ginebra, artículo 14.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, artículos 8, 75 y 76.

Convenios 3, 4 y 100 de la OIT.

ción de su protección debe ser atendida prioritariamente por el juez de tutela. En el Estado social de derecho la mujer cabeza de familia debe recibir por parte del Estado y la sociedad un trato preferencial para el sostenimiento y la educación de sus hijos. Hasta el momento, la única protección a la mujer cabeza de familia se encontraba en la demanda al padre irresponsable de la cuota alimentaria para sus hijos. Ahora esta obligación se ha ampliado. Ya no sólo por disposición legal él debe cumplir con la obligación alimentaria, sino tanto el Estado como la sociedad deben contribuir a apoyar a la mujer cabeza de familia"⁴.

Con relación al desarrollo legislativo del artículo 43 la Ley 82 de 1993 contiene normas especiales para la protección de la mujer cabeza de familia. Así el artículo 2 establece: "Para los efectos de la presente ley, entiéndese por «Mujer Cabeza de Familia» quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. Parágrafo: Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se

causen emolumentos notariales a su cargo.

Respecto a la política social,⁵ el documento CONPES 2726 de agosto 30 de 1994 definió los lineamientos de la política de participación y equidad para la mujer, objetivos que tienen como prerrequisito la igualdad entre hombres y mujeres, en los espacios formales de la ley y en todas las dimensiones de la vida cotidiana. Esta política se orienta a atender los problemas inmediatos que afectan las condiciones de vida de la mujer, los problemas estructurales y la construcción de un sistema institucional que ponga en práctica la política propuesta. Entre las acciones específicas se propone: una cultura de equidad entre mujeres y hombres; participación en el mercado laboral; salud integral para las mujeres; protección legal; mejoramiento de las condiciones del trabajo doméstico; y, el desarrollo institucional del fortalecimiento de los programas dirigidos a la mujer, en los aspectos jurídico, administrativo, técnico y financiero⁶.

⁵ Las referencias que en este trabajo se hacen a la política social corresponden al conjunto de programas incorporados al Plan Nacional de Desarrollo Económico, Social y Ambiental "El Salto Social", 1994-1998.

⁶ Para el análisis de los documentos Conpes relacionados con el desarrollo de políticas referentes a los derechos sociales, económicos y culturales se tomaron en cuenta los dos tomos de Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación, *Las políticas del Salto Social*, Bogotá, 1995.

⁴ Ibid.

Artículo 44

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Colombia es un país donde se ha criminalizado a la niñez¹. De los 700.000 niños que nacen al año, por lo menos la mitad están condenados a la pobreza. De éstos, 34 mil no alcanzarán a cumplir un año de vida. Los que logren salvar este obstáculo difícilmente llegarán a adultos. Saltada esta primera valla, deberán evitar caer en la lista de los 60.000 menores de cinco años que mueren anualmente por causas prevenibles como la desnutrición que afecta a 3 millones de infantes. De los 5 a los 14 años, cada año 600 niños terminarán debajo de las ruedas de agresivos conductores. Este es un problema generalizado en Colombia pues, según el Instituto de Medicina Legal, cerca de 4.000 peatones mueren al año en accidentes de tránsito.

Además de las muertes por tránsito, desnutrición y falta de atención en salud, los ubicados en la franja de los 15 a los 24 años tienen una alta probabilidad de hacer parte de las 30.000 víctimas de los homicidios que anualmente se cometen en Colombia. Al año son asesinadas 10.000 personas que se encuentran en este rango de edad.

A esta lista de muertes hay que agregar que, en el período comprendido desde el nacimiento hasta los 24 años, en el país cada año se registran 582 suicidios, de los cuales 60 corresponden a menores de 15 años. El 39.2% de los suicidios se realizan con arma de fuego, y el 32% mediante envenenamiento. Los expertos que analizan la situación suicida de los colombia-

¹ La descripción de la situación de la niñez en Colombia corresponde a un artículo periodístico realizado por Libardo Sarmiento y Francisco Quintero, "La niñez contra la pared", *El Espectador*, 8 de octubre de 1995.

nos coinciden en señalar que, aunque las causas sean diversas, una de las razones aplastantes es el no futuro que les plantea la sociedad moderna, la infinita vacuidad de la vida planteada por Ciorán. Parafraseando al poeta Miguel Hernández, en Colombia se empieza a sentir y siente la vida como una guerra.

Los sobrevivientes de la guerra entre los cero y los 24 años, principalmente los colombianos pobres, deberán experimentar otras crudezas de la vida nacional: secuestros, maltratos físicos y verbales, abandono, violencia contra marginados², destrucción de la familia, desplazamientos forzados, violaciones, mutilaciones, heridas y traumatismos de la guerra, falta de acceso a la educación y trabajos de alto riesgo.

La violencia y el maltrato dado a los pequeños en el país son situaciones de extrema gravedad en las que se comprometen la vida de los infantes, su estabilidad psicológica, emocional y social. Las demandas espontáneas por maltrato infantil, según ICBF, han alcanzando una cifra cercana a los 6.000 casos anuales. Además, 20.000 niños se encontraban en situación o peligro de abandono en 1994. El Ministerio de Salud estima en 1.400.000 los agredidos verbalmente.

Según encuesta de Unicef y el Centro Nacional de Consultoría, en Colombia aún continúan las prácticas de castigo físico por parte de los padres. Estos consideran aceptable el castigo con cinturón (32%), jalar la oreja (16%), pellizcos (10%), coscorriones

² Esta expresión remplace a la comúnmente usada "limpieza social".

(9%), cachetada (5%), puñetazo (2%), quemarle las manos por robo (1%). No obstante, al nivel de discurso de la opinión el castigo físico no es aceptado y su práctica no está legitimada.

Además de esta situación que se desarrolla en el ámbito de la familia, hay que tener en cuenta que los niños también son víctimas de la guerra interna que vive el país. Miles son los que han sufrido los efectos del conflicto armado guerrilla-ejército. Los bombardeos sobre la población civil y la colocación de minas por las partes en conflicto traen consigo un considerable número de niños muertos, heridos, mutilados y traumatizados. La guerra en Colombia no hace distinción entre combatientes y no combatientes y en ella no se protege a las víctimas o a la población afectada.

Según la Conferencia Episcopal Colombiana, de las 600.000 personas desplazadas por la violencia política el 72% son menores de 25 años. La misma entidad estima que hay 1.570 huérfanos, niños y jóvenes desplazados, que tuvieron que asumir la responsabilidad del núcleo familiar, lo que implica la necesidad de estar vinculados a temprana edad a labores de trabajo penosas, y en la mayoría de los casos a la violación de sus derechos.

Un estudio del CEDE de la Universidad de los Andes registra que en el grupo de niños de 12 a 14 años un 11% se dedica sólo a trabajar, un 4.2% combina estudio y trabajo y un 10% no estudia ni trabaja. Entre los de 15 a 17 años, la situación es más crítica: el 24.5% sólo trabaja, el 6% combina estudio y trabajo y el 15% no estudia ni trabaja. En la mayoría de los me-

nores que trabajan solamente un 2% tiene permiso para trabajar. Según cifras del Ministerio de Trabajo, en el país hay 2.500.000 niños trabajadores, de los cuales sólo el 10% tiene acceso a la seguridad social. De un trabajo de las investigadoras Catalina Turbay y Elvia Acuña se desprende que el ingreso promedio corresponde a la mitad del salario mínimo legal³.

Datos de Planeación Nacional muestran que en Colombia 600.000 niños entre 7 y 11 años no tienen acceso a la escuela primaria. De cada 100 niños del país que comienzan el primer grado, sólo 47 terminan la primaria; el 7% de los niños entre 12 y 17 años son analfabetos. La deserción escolar es alta en los niños de 12 a 17 años, bien sea porque el tipo de educación y su calidad no es motivante para los niños, por la necesidad de trabajar, por los altos costos de ésta o por la falta de cupos.

Pero a la penosa situación de los niños trabajadores y maltratados, se suma que éstos afrontan la violencia social y la inoperancia de la justicia. Según la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, el número de secuestros de niños supera los 3.000 al año. Según esta misma fuente, el número anual de niños víctimas de abuso sexual es cercano a los 500. Por estos hechos las autoridades únicamente detuvieron a 45 agresores, en 12 casos llegaron a la etapa de juicio y sólo el 3% terminó en sentencia. La ineficiencia investigativa sobre los homicidios en gran parte obedece a la falta de especialidad de los fisca-

³ Catalina Turbay y Elvia Acuña, *Menor trabajador y educación básica y media en Colombia*, Bogotá, UNICEF, mimeo, 1995.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 16, 17, 20, 42, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 68, 70, 71, 87, 89, 92, 93, 96, 214 n.2, 356, 366, 384.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, (G.C., N° 83, pág. 39, col.2)
Primer Debate, (G.C., N° 109, pág. 6, col.2)
Comisión Codificadora, artículo 45 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I : abril 2 y 8
Comisión V: marzo 20, mayo 10 y 15
Plenaria: junio 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

LEGISLACION

Decreto 2737 de 1989
Ley 33 de 1992
Ley 60 de 1993
Ley 82 de 1993
Ley 111 de 1994
Ley 146 de 1994

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS****1992**

T-002, T-008, T-224,
T-402, T-409, T-411,
T-421, T-427, T-439,
T-440, T-450, T-466,
T-471, C-472, T-502,
T-523, T-531, T-533,
T-571, C-574, C-587,
T-593, T-609.

1993

C-005, C-019, T-036,
T-079, C-097, T-118,
C-127, T-148, T-178,
T-179, T-185, T-190,
T-200, C-204, T-212,
T-225, T-251, C-276,
SU-277, T-290, T-311,
T-321, T-329, C-337,
T-339, T-341, C-344,
T-358, T-373, T-414,
T-437, T-441, T-462,
T-479, T-491, T-500,
T-512, T-527, C-566,
T-597, T-598.

1994

T-015, T-029, T-031,
C-041, T-042, T-068,
T-069, T-090, T-125,
T-128, T-143, C-146,
C-149, T-161, T-165,
C-177, T-192, T-204,
T-205, T-217, C-221,
T-236, T-256, T-276,
T-277, T-278, C-282,
T-283, T-298, T-315,
T-323, T-339, C-348,
C-371, T-378, C-410,
T-411, T-443, T-467,
T-487, C-495, T-498,
T-503, T-505, C-555.

les que investigan los homicidios de menores. En general, del total de presuntos delincuentes que atacan los derechos de los niños en el país en las modalidades de secuestros, homicidios y violaciones, sólo el 1.7% se encuentran detenidos.

Para otra gran mayoría de infantes, el rebusque cotidiano en la ciudad hace parte de esa carrera por la vida. Sólo en Bogotá, según la Cámara de Comercio, existen unas 3.000 niñas prostitutas entre 14 y 17 años. Igualmente, un número similar de niños se encuentran dedicados a esta actividad. Para el ICBF en el país hay alrededor de 15.000 niños en la calle. Una cuarta parte son mujeres, el 76% consume drogas y el 57% manifiesta ser golpeado en la calle. El 90% trabaja para subsistir, robando, pidiendo limosna o limpiando carros.

Estas situaciones de exclusión, violencia y pobreza, se presentan con mayor énfasis en Brasil y Colombia, países con la mayor tasa de concentración de la riqueza en América Latina, y únicas naciones que comparten el fenómeno de la violencia contra marginados al tiempo que registran las mayores cifras de menores de edad tras las rejas. La violencia contra marginados, como parte de la criminalización de la pobreza, comenzó como un hecho aislado en 1979. Hoy cobra cerca de 400 vidas por año, de las cuales cerca del 60% corresponden a menores de 25 años. A eso se agrega que entre los 30.000 presos colombianos, según el Inpec, uno de cada 3 reclusos es menor de edad.

A pesar de estas dificultades, desde los años 60 el Estado y la sociedad han venido realizando un gran esfuerzo

para mejorar la calidad de vida de los colombianos, sobre todo en los campos de la salud y la educación básicas. En 1951, más de la tercera parte de la población colombiana mayor de 15 años era analfabeta. En los 34 años siguientes esta proporción se redujo significativamente al 13%. La expansión de la escolaridad en el país siguió una pauta secuencial, comenzando en la primaria hacia los años 70. Como resultado de esta dinámica, en 1950 la tasa de escolaridad primaria era del 32.8%, en 1970 alcanzó el 70% y para 1990 llega al 88%. La tasa de cobertura neta de la secundaria en 1960 era del 8.4% y para los 90 llega al 50%.

En salud, en las tres últimas décadas el país ha registrado un marcado descenso en las tasas de mortalidad infantil. De igual manera, la tasa de fecundidad y de natalidad han declinado rápidamente. La esperanza de vida aumentó en 12 años. Para los 90, la vida promedio es de 69 años, similar al promedio para América Latina, y 8 años menor con respecto a los países industrializados. Las coberturas para erradicar las enfermedades epidemiológicas han sido significativas, logrando erradicar males como la polio, por ejemplo.

No obstante, en Colombia el marco de acción frente a la prevención de la violación flagrante de los derechos de la niñez es bastante débil e incipiente. Se circunscribe principalmente a las acciones sectoriales de salud, educación y al Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Actualmente, se impulsa una acción integral de protección de los derechos de la niñez a través de los programas especiales para menores en situación irregular y del Plan de justicia, derechos humanos y seguridad ciudadana.

Una comisión está encargada de reformar el Código del Menor vigente con el fin de adecuarlo a los principios y normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No obstante, muchas de estas acciones son para contener la presión internacional que reclama al gobierno nacional la protección efectiva de los derechos humanos.

Esta desintegración social y económica que vive Colombia es común a todos los países capitalistas desarrollados y a los que creen en el espejismo del desarrollo. Aún los prototipos del gran capital occidental, como los Estados Unidos, presentan índices nada envidiables. En efecto, en Norteamérica 1 de cada 5 niños vive actualmente en condiciones de pobreza, 8 millones no tienen protección en salud, 3 millones sufren abandono, malos tratos físicos o abusos sexuales. La tasa global de homicidios de jóvenes es 7 veces superior a la de cualquier país de Europa occidental. Las detenciones de menores por asesinato y homicidio sin premeditación se duplicaron en la década de los 80.

Para abandonar el borde del abismo, dice Marian Wright, presidenta de Children's Defense Fund, tenemos que reconocer que la epidemia de violencia y desintegración social que amenaza con arrasar la sociedad es fruto de unas políticas que han privilegiado a los ricos frente a los pobres y a los valores materiales frente a los humanos y espirituales.

Frente a esta cruda realidad, la inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política es la culminación de una serie de desarrollos legislativos que apuntan

a la misma finalidad de proteger a la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad y felicidad. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por las Leyes 30 de 1987 y 56 de 1988, expidió los Decretos 2272 de 1989 y 2737 de 1989, por los cuales organizó la jurisdicción de familia y adoptó el Código del Menor, respectivamente. De otra parte, el Congreso de la República, mediante la Ley 12 de 1991, aprobó la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La decisión del Constituyente de elevar a rango constitucional los derechos fundamentales de los niños contribuye a ratificar y perfeccionar el marco normativo preexistente, con miras a asegurar la protección, asistencia y promoción de los menores de edad, resguardando la esperanza de un mundo feliz, pacífico y en armonía.

Según la jurisprudencia, las normas sustantivas y procedimentales en materia de familia y del derecho de los menores, deben interpretarse en consonancia con los derechos fundamentales del niño consagrados en la Constitución (arts. 42 y 44 C.P.). Esto significa que los padres en el cumplimiento de sus deberes para con los hijos y las autoridades públicas facultadas para intervenir en interés del menor (Instituto de Bienestar Familiar, defensores de familia, jueces de familia, etc.), deben respetar y efectivamente aplicar el contenido y alcance de los derechos consagrados de forma prevalente en la Constitución, cuyo desconocimiento o amenaza permite a cualquier persona exigir de la autoridad competente el cumplimien-

1995

T-001, T-020, T-035, SU-043, T-049, SU-056, T-060, T-070, T-078, T-090, T-098, T-100, C-106, T-110, T-116, C-151, T-165, T-191, T-227, T-235, T-290, T-304, T-340, T-341, T-369, T-371, T-377, T-378, T-385, T-387, T-388, T-391, C-394, T-408, C-402, T-412, T-458, C-459, T-477, T-501, T-527, T-529, C-502, T-571, T-573, T-578A, T-581, T-608, T-617, T-620.

1996

A-006, T-031, T-041, T-075, T-090, T-104, T-106, C-113, C-114, T-132, T-182, T-199, T-206, T-215, T-232, T-259, T-383, T-420, T-474, C-613, T-644, T-703.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal,
artículo 25.2.
Pacto Internacional de De-
rechos Civiles y Políticos,
artículo 24.
Pacto Internacional de De-
rechos Económicos, So-
ciales y Culturales, artículo
10.3.
Declaración Americana,
artículo VII.
Convención Americana,
artículo 19.
Declaración de los Dere-
chos del Niño.
Convención sobre la elimi-
nación de todas las formas
de discriminación contra la
mujer, artículo 16.
Convenio IV de Ginebra,
artículos 14, 17, 23, 24, 38,
50 y 94.
Protocolo adicional a los
Convenios de Ginebra,
artículos 8, 76, 77 y 78.
Convenios 5, 6, 7, 10, 15
y 16 de la OIT.

to de las obligaciones respectivas⁴. En efecto, la expresión «derechos fundamentales de los niños» determina que los enunciados en esta norma son susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución.

No obstante, la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, que establece el artículo 44, plantea problemas de orden interpretativo para conciliar dicha prevalencia con el principio de igualdad legal que establece el artículo 13 de la Carta Constitucional⁵. Sin embargo, la jurisprudencia que se ha desarrollado en el país respecto a la prevalencia de los derechos de la niñez no deja dudas sobre su pertinencia y necesidad teniendo en cuenta las patologías nacionales, la complejidad en las transformaciones ocurridas en la familia y el compromiso ético con el nuevo país que se trata de construir a partir del contrato social que acogieron los colombianos en 1991. En caso de conflicto, prevalecen los derechos de los niños sobre los derechos de los demás.

Así, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional esta prevalencia se ha reconocido en el caso del derecho constitucional de los niños a tener una familia y no ser separado de ella.

Según la Corte, como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado, deberes tales

como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes consagrados en el inciso 1° del artículo 44 de la Carta vigente. Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella, expresamente incorporado hoy en la Carta (art. 44). Para la Corte, cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que “la situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia”. En estas condiciones, es fácil comprender que el divorcio sea necesario sólo en la medida en que así lo exija el bienestar de la familia y, en particular, el de los niños, por cuanto “es preferible el adecuado desarrollo emocional de un niño que el crecer con la figura simbólica de unos padres cuando éstos con su conducta y ejemplo le proporcionan malformaciones que luego serán la línea de conducta con sus propios hijos”.

Según la Corte Constitucional, es claro que a la familia le corresponde la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria,

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-531/92, MP. Eduardo Cifuentes.

⁵ Ver Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., págs. 143 y 144.

cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

De otra parte, la unidad de la familia adquiere relevancia diversa según se tenga de ella una concepción individualista o solidarista. Dentro de la primera, la unidad aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone, pues, una paulatina privatización de las relaciones familiares dentro de la cual se valora la libertad de aquéllos tanto dentro de la convivencia como en el ejercicio del derecho a la separación, cuando la primera no esté ya respaldada por la perduración del consentimiento. En una concepción solidarista, por el contrario, se reconoce que la privatización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil, o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior, una de cuyas manifestaciones es hoy, precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella. La base fundamental de esta concepción descansa en la importancia que la unidad y la estabilidad de la familia y un ordenado desarrollo de sus relaciones tienen para toda la sociedad civil. No en vano la familia ha sido definida como elemento natural y esencial de la sociedad y de los Estados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10)⁶.

Más aún, los derechos de la niñez tienen una larga historia en el contexto internacional. En la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño se señaló la necesidad de proporcionar al niño una protección especial. De igual manera se procedió en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24).

En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el artículo 10, los Estados Parte se comprometieron a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. De igual manera, se acordó la protección a los niños contra la explotación económica y social. La ley deberá sancionar su empleo en trabajos de alto riesgo en los cuales se ponga en peligro su desarrollo normal, y deberá establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-523/93, MP. Ciro Angarita.

Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual entró en vigor en 1990. En septiembre de 1990 se realizó la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, adoptando una Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y un Plan de Acción para aplicar la declaración en el decenio de 1990. La Declaración y el Plan de Acción de la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, junto con la Convención sobre los Derechos del Niño establecen que los gobiernos deben orientarse por el principio de “máxima prioridad” para la infancia, es decir, por el principio según el cual en la asignación de recursos debe otorgarse elevada prioridad a los niños, en tiempos buenos y malos, y a escala nacional e internacional, así como familiar.

Es así como este amplio marco legislativo internacional sobre los derechos de la niñez orientó la preocupación de los miembros de la Asamblea Constituyente en 1991 en relación con los derechos de los niños, en especial en la situación en excepcionalmente difícil en que viven en Colombia. Debido a que la Convención fue acogida por Colombia en 1991, la comisión respectiva resumió de manera pedagógica para la Constitución los aspectos básicos de los 54 artículos que hacen parte de ésta. Los constituyentes consideraron que la mejor oportunidad que tendría Colombia para empezar a formar una nueva sociedad sería mediante la enseñanza de su nueva Constitución. Cuando un menor de edad estudiara la nueva Constitución y se viera reflejado en ella se darían las bases para crear una sociedad fundamentada en el derecho. Los constituyentes justificaron el establecimiento de la priori-

dad de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás en que las generaciones futuras tienen derecho a recibir como patrimonio nacional la paz, la democracia, un medio ambiente sano, la cultura, la historia, el progreso, la integridad y la soberanía del territorio.

Respecto a las políticas sociales dirigidas a la niñez, el documento Conpes 2787 de junio 7 de 1995 define los lineamientos básicos. Entre los objetivos contemplados se busca contribuir al desarrollo integral de los niños más pobres y vulnerables, mejorar la calidad de los servicios que actualmente se prestan, lograr cambios en las actitudes y prácticas individuales, familiares e institucionales y crear una cultura en favor de la niñez. Los siguientes programas hacen parte de esta política: desarrollo integral –comprende acciones dirigidas a los neonatos y lactantes, a los niños en edad preescolar, a los niños y adolescentes en edad escolar–, programas para niños y adolescentes en condiciones especialmente difíciles –por causa de maltrato, abuso sexual, abandono, trabajo en actividades de alto riesgo, vivir habitualmente en la calle, estar en conflicto con la ley o tener alguna discapacidad–, justicia para la niñez –revisión, ajuste y complementación de la legislación vigente–, movilización en torno a la niñez, información sobre la niñez y estímulo a la investigación sobre la infancia y modernización institucional.

Artículo 45

*El adolescente tiene
derecho a la protección y a
la formación integral.*

*El Estado y la sociedad
garantizan la
participación activa de los
jóvenes en los organismos
públicos y privados que
tengan a cargo la
protección, educación y
progreso de la juventud.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 16, 42, 67, 68, 69, 93, 103, 214 n.2, 334, 336.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión V, (G.C., N° 83, pág. 39, col.2)
Primer Debate, (G.C., N° 109, pág. 6, col.3)
Comisión Codificadora, artículo 46 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión V: mayo 10
Plenaria: junio 10, 13, 14 y 29
Codificadora: junio 22

LEGISLACION

Ley 33 de 1992
Ley 60 de 1993
Ley 82 de 1993
Ley 111 de 1994
Ley 146 de 1994

Colombia es un país joven. Según el diagnóstico de la política de juventud¹, la población joven del país es aproximadamente 7.5 millones de personas, el 21% de la población. El 34% de los jóvenes se encuentra en situación de pobreza o miseria. En los programas educativos que cobijan a la juventud se encuentran los mayores problemas de cobertura educativa, debido a la deserción (cerca al 10%) y repitencia. Las principales causas de inasistencia escolar son la necesidad de trabajar (36%) y los costos elevados del servicio educativo (22%). Los jóvenes son particularmente vulnerables al desempleo debido a la baja capacitación específica para el trabajo —las tasas de desempleo se encuentran cerca de 6 puntos por encima del promedio nacional—. En 1990 una cuarta parte de los jóvenes no trabajaba ni estudiaba. Los problemas de salud más frecuentes en la población juvenil están asociados con la violencia y el trauma —en 1990 más de la mitad de las muertes de jóvenes se debieron a homicidios y violencia—. La problemática sexual de los jóvenes se manifiesta en la alta incidencia del aborto provocado, la violación sexual, la violencia intrafamiliar y el embarazo adolescente. El consumo de drogas y alcohol comienza a ser un fenómeno preocupante en la juventud colombiana, principalmente en la población masculina, iniciando su consumo entre los 15 y los 19 años. En lo relativo a la delincuencia juvenil, el 25% de los procesados en 1992 eran personas de 16 a 24 años. En las instancias de participación política y social es poca la presencia de los jóvenes.

¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 1794, Bogotá, 1995.

La Constitución de 1991 hace un reconocimiento del joven como sujeto de derechos y deberes y garantiza su participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud².

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 10 establece medidas especiales de protección y asistencia en favor de los adolescentes. La Carta Política reconoce estos derechos, con lo cual el Estado debe garantizar su respeto y generar condiciones propicias para el cumplimiento de los deberes correspondientes, o sea para la participación y el ejercicio de la ciudadanía plena por parte de los jóvenes.

La Asamblea Constituyente señaló que los jóvenes tienen derecho a la protección y formación moral, física, psicológica, intelectual, sexual y social por parte del Estado y de la sociedad. Respecto a los espacios de participación, se definió que ésta no estaría limitada a los gobiernos escolares, sino que también debía predicarse de los organismos públicos y privados que tuvieran a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. Respecto al tipo de participación, las propuestas de los constituyentes pasaron de la formulación y diseño de políticas a la participación activa en los organismos, pero sin explicitar en qué actividades.

En la interpretación de esta norma, el exconstituyente Lleras de la

² De acuerdo con la Política de Juventud del gobierno Samper se definen como jóvenes las personas entre 15 y 25 años. Ver documento CONPES citado.

³ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág 144.

Fuente³ señala que el concepto de «participación activa» resulta de una gran amplitud. En consecuencia, la única forma como la sociedad junto al Estado podrían garantizar esta participación parecería ser la de regulaciones estatales que limiten la actividad de las organizaciones y fuerzas sociales. Otro tanto sucedería con la expresión «organismos que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud».

Le ha correspondido a la jurisprudencia aclarar el alcance de esta norma. El hecho de que el Estado y la sociedad, según la Constitución (art. 45 C.P.), garanticen la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo su protección, educación y progreso, no significa que en todo organismo que tenga ese objetivo necesariamente deba contemplarse una misma medida de participación juvenil. Aunque, por regla general, debe favorecerse la participación de los jóvenes, excepcionalmente cabe negarla si la índole de las funciones de la entidad y otros factores de gran complejidad le restan objetivamente plausibilidad y sentido a dicha participación, lo que sólo se puede resolver en cada caso concreto. Es claro que en el evento de que la participación juvenil no pueda lograrse, el organismo, consecuente con su ideario, debe consultar las necesidades y deseos de la juventud y procurar satisfacerlos y encauzarlos de la mejor manera posible⁴.

En desarrollo de la norma constitucional, la política de la juventud

adoptada por el país busca integrar esta población a los principales programas del Plan Nacional de Desarrollo, principalmente a los de educación, empleo y acceso a servicios sociales, y se orienta a crear condiciones que fortalezcan la capacidad del Estado y la sociedad para admitir a los jóvenes como ciudadanos plenos. La política de la juventud consta de 5 estrategias: desarrollo personal y formación integral, participación y ejercicio de la ciudadanía, ingreso a la vida laboral, fortalecimiento institucional –desarrollo institucional en el nivel nacional, desarrollo regional, formación de agentes locales, investigación e información sobre la juventud– y acceso a bienes y servicios –turismo ecológico juvenil, tarjeta joven y centros de información–.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-409, T-502,
T-527.

1993

C-019, C-127, T-212,
T-224, T-251, T-272,
SU-277, T-309, T-321,
T-339, C-344.

1994

T-015, T-031, T-041,
T-089, T-124, C-146,
C-180, T-204, T-205,
C-221, T-236, T-380,
C-408, T-442, C-511,
T-518, C-520, C-555.

1995

T-049, C-151, T-340,
C-344, T-371, T-408,
T-499.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 25.2.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.3.

Declaración Americana, artículo VII.

Convención Americana, artículo 19.

Declaración de los Derechos del Niño.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-555/94, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 46

El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Las personas de la tercera edad en Colombia afrontan dos situaciones: de una parte aumentan su participación en la estructura poblacional –la población mayor de 60 años pasó de 1.04 millones de personas en 1970, el 5% del total, a 2.16 millones de personas en 1993, el 6.2%; para el año 2000 se calculan en 2.6 millones, el 6.9% de la población total–; de otra, la inestabilidad y las transformaciones que registra la familia colombiana hacen que la protección familiar al anciano se esté reduciendo, lo cual exige un mayor esfuerzo por parte del Estado y de la sociedad en su concurrencia para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad.

En 1993 el 23.2% de la población mayor de 55 años se encontraba en situación de pobreza y el 9.8% en condiciones de miseria. Con frecuencia los ancianos sufren de desnutrición o malnutrición, debido a las situaciones de pobreza, el aislamiento, la mala distribución de alimentos en los hogares e inclusive por problemas dentales. En cuanto a las enfermedades no transmisibles se encuentran las cardiovasculares (50%), el cáncer (18%), las enfermedades respiratorias crónicas (11%) y las digestivas (7%). Las enfermedades por lesiones corresponden a homicidios, caídas y accidentes de automotores. En Colombia muy pocas de las personas que se encuentran en la tercera edad están cubiertas por la seguridad social, sólo 20% de esta población está afiliada a través del régimen contributivo y sólo el 9.3% recibe una pensión. De otra parte existe en el país un escaso, débil y descoordinado desarrollo institucional en beneficio de la población de mayor edad y no se cuenta con información e investigaciones suficientes.

Todo Estado social y democrático de derecho contempla dentro del servicio que debe prestar a la comunidad, además de los derechos básicos, la función de protección a los grupos discriminados o marginados y aquellas personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta. Por ello, la Constitución señala en su artículo 13 que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados; y, agrega que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De alguna manera el artículo 13 de la Constitución integra el compromiso de los Estados Parte del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al reconocer en el artículo 11 “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia”. Es este el sentido del artículo 46 de la Constitución colombiana al ordenar que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad.

La motivación de este artículo dentro de los debates de la Asamblea Constituyente tuvo como consideración la necesidad de los ancianos, especialmente los marginados, de que la sociedad les reconozca su derecho a la vida activa, a la vida comunitaria,

a ser tenidos en cuenta no como víctimas de la enfermedad de la vejez, sino como seres humanos que desean vivir en sociedad. La principal discusión que se dio respecto a esta propuesta tuvo que ver con la capacidad del Estado para concretarla. Se explicó que los derechos que se llevaran a la Constitución tendrían que tener un sustento económico de parte del Estado para poder ser materializados. Los únicos derechos en concreto acordados para la tercera edad fueron el acceso a la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

En desarrollo de esta norma constitucional, en particular frente al derecho a un mínimo vital, la jurisprudencia¹ establece que aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (art. 2º CP.) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades.

Respecto al derecho a la seguridad social, éste no está consagrado

expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto a las personas de la tercera edad (art. 46 inc. 2º CP.) adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (art. 11 CP.), la dignidad humana (art. 1º CP.), la integridad física o moral (art. 12 CP.) o el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP.) de las personas de la tercera edad.

Con relación a la protección a las personas de la tercera edad, la doctrina advierte que la protección y asistencia de las personas de la tercera edad no es una función potestativa del Estado, la sociedad o la familia. Los tres deben concurrir para el cumplimiento de esta función social, sin que sea posible para alguno de ellos abstenerse de este deber jurídico pretextando que otros deben hacerlo. Cuando la carga que implica la protección o asistencia de los ancianos sea para la familia de tal magnitud, dadas las condiciones económicas, que atente contra ella como institución básica de la sociedad (art. 5 CP.), el Estado o la sociedad deben concurrir para garantizar el cumplimiento de esta obligación².

Con relación a la legislación no se han desarrollado normas específicas que profundicen el artículo 46 de la Constitución, salvo lo establecido

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 5, 13, 48, 50, 53, 334, 366.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, (G.C., N° 83, pág. 39, col. 2)
Primer Debate, (G.C., N° 109, pág. 6, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 47 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8
Comisión V: marzo 20, mayo 10
Plenaria: junio 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

LEGISLACION

Ley 60 de 1993
Ley 100 de 1993, arts. 257 a 262
Decreto 1135 de 1994

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes.

² Luis Carlos Sotelo Castro, *Derechos constitucionales de prestación*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1992.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-008, T-426, T-427,
T-471, T-491, T-502,
T-526, T-527, T-533,
T-534, T-540, T-546,
C-590.

1993

T-011, C-017, T-029,
T-044, C-127, T-135,
T-181, T-212, T-238,
T-239, T-251, C-337,
T-356, T-362, T-384,
T-447, T-448, T-516,
C-555.

1994

C-012, T-056, T-111,
T-124, T-125, T-140,
C-177, T-277, T-290,
T-347, C-387, T-392,
C-409, T-456, C-511,
C-512, C-520.

1995

T-005, T-025, T-036,
T-142, T-156, T-209,
T-271, T-287, T-313,
T-339, T-355, T-437,
T-438, T-499.

1996

T-044, T-076, T-163,
T-323, T-352, C-538.

en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 relacionada con el sistema de seguridad social integral: “el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.

La política social respecto a la atención al envejecimiento y a la vejez de la población colombiana está contenida en el documento Conpes 2793 de junio de 1995. Los objetivos de esta política son mejorar las condiciones de vida de las personas de mayor edad y elevar la calidad de vida de toda la población para que alcance una vejez saludable y satisfactoria. Esta política cuenta con siete programas: salud y seguridad social, integración económica, recreación, cultura y educación, vivienda, una cultura frente al envejecimiento y la vejez, apoyo a la investigación y desarrollo institucional.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículos 22 y 25.1.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 9 y 11.

Declaración Americana, artículos XVI y XXX.

Convenio IV de Ginebra, artículos 14 y 17.

Artículo 47

*El Estado adelantará una
política de previsión,
rehabilitación e
integración social para
los disminuidos físicos,
sensoriales y psíquicos, a
quienes se prestará la
atención especializada que
requieran.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 16, 48, 53, 54, 93, 94, 334, 366.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 37, col. 2)
Comisión V, (G.C., N° 83, pág. 39, col. 3)
Primer Debate, (G.C., N° 109, pág. 6, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 48 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8
Comisión V: marzo 20, mayo 10
Plenaria: junio 6, 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

LEGISLACION

Ley 60 de 1993
Ley 100 de 1993
Ley 115 de 1994, arts. 68 a 71
Código Civil, art. 432
Código Penal, art. 31

En Colombia se estima que la población con alguna discapacidad representa el 13% del total –el DANE estima en 0.8% el porcentaje de la población en edad de trabajar con algún tipo de discapacidad–. La atención materno infantil deficiente, la accidentalidad y las lesiones físicas y mentales a causa de la violencia incrementan el número de personas discapacitadas. La mayoría de la población discapacitada está excluida de cualquier sistema de seguridad social –sólo el 7% se encuentra protegida– y no tiene acceso a los servicios sociales debido a los elevados costos o a la falta de información sobre los servicios.

En el marco de las funciones del Estado de proteger, mediante la asistencia social, a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en debilidad manifiesta, el artículo 47 define la necesidad-derecho de una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. La atención especializada y la protección del Estado a estas personas tiene igualmente como objetivo que éstos puedan disfrutar de los demás derechos constitucionales.

En consecuencia la obligación estatal se concibe en forma integral. Al principio de previsión contra los riesgos, se agregan la rehabilitación y la preparación para la reintegración a la vida comunitaria, en sus diversos aspectos, actividades que deberán financiarse con recursos fiscales, a través de entidades especializadas¹.

Con relación a la jurisprudencia relacionada con el artículo 47, la Cor-

te Constitucional establece que de acuerdo con lo señalado por el artículo 13 de la Constitución Política y reiterado por el artículo 47 del mismo estatuto, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental². Respecto a la seguridad social a que tienen derecho estas personas, la jurisprudencia³ aclara que la pensión de invalidez representa para quien ha perdido parcial o totalmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable. El no pago oportuno de las pensiones de invalidez atenta directamente contra el derecho a la vida y los principios de dignidad y solidaridad humana sobre los que está fundado nuestro Estado social de derecho (art. 1° C.P.). No sólo la íntima conexidad entre la pensión de invalidez y los derechos a la vida y el trabajo llevan a la Corte a afirmar su linaje de derecho fundamental. La pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, el cual ostenta igualmente el carácter fundamental cuando su titularidad se predica de personas de la tercera edad⁴ o de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos⁵.

La política social de prevención y atención a la discapacidad⁶ formula

² Corte Constitucional, Sentencia T-401, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-239, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes; T-011/93, MP. Alejandro Martínez y T-135/93, MP. Alejandro Martínez.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-427/92, MP. Eduardo Cifuentes.

¹ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág. 146.

un marco integral para los programas encaminados a mejorar las condiciones de vida de esta población, propiciando acciones que permitan su integración social, económica y educativa. La política contempla siete programas: educación –en desarrollo de la Ley 115 de 1994 que contempla el principio constitucional de no discriminación y establece que la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas es parte integral del servicio público educativo–, salud y seguridad social, integración laboral, transporte y accesibilidad, investigación y desarrollo de tecnologías apropiadas, información sobre la discapacidad, y movilización social para crear una cultura de respeto y apoyo a las personas con discapacidad.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-401, T-427.

1993

T-164, C-176, T-200,
T-235, T-236, T-239,
T-307, T-310, C-312,
T-330, C-337, T-384,
T-441, T-527, T-597.

1994

T-067, T-111, T-204,
C-221, T-287, T-290,
T-298, T-340, T-347,
T-404, C-408, T-430,
T-432, T-440, T-446,
C-454, T-456.

1995

T-020, T-025, T-049,
T-142, T-144, T-174,
T-288, T-292, T-339,
T-387, T-477, T-478,
T-499, T-571.

1996

C-005, T-012, A-064,
T-065, C-154, T-224,
C-244, T-246, SU-256,
T-396, T-477, T-644.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.
Declaración Americana, artículo XVI.
Declaración de los Derechos del Niño, principio 5.
Convención de los Derechos del Niño, artículo 23.
Convenio 159 de la OIT.

⁶Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2761, Bogotá, 1995.

Artículo 48

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Con la aplicación de la Ley 100 de 1993, que crea el nuevo sistema de seguridad social integral en salud y en pensiones, se dio un vuelco total a la institución de la seguridad social vigente en Colombia desde hace más de cuatro décadas. Esta institución venía presentando signos de deterioro y desigualdad social, razón por la cual se determinó reformar un sistema que tan solo alcanzaba a cubrir a un 21% de la población frente al 45% promedio en América Latina. El estancamiento de la seguridad social en el 21% de la población fue el gran argumento que sirvió a la Asamblea Nacional Constituyente y luego al Congreso para demandar una expansión efectiva de las coberturas y propiciar una reforma del sistema.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 48 garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Como puede observarse, la Asamblea Nacional Constituyente no incluyó el concepto de integralidad en el derecho a la seguridad social.

El principio de solidaridad irradiaba todo el orden jurídico y se manifestó en numerosas instituciones y principios constitucionales. El concepto de solidaridad, según la jurisprudencia¹, es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-005/95, MP. Eduardo Cifuentes.

En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. En el Estado social de derecho no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de los principios y los valores constitucionales.

El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. Tales riesgos abarcan una amplia gama de hechos que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta las limitaciones a la recreación, la vivienda y la ocupación permanente. La Constitución defiere a la ley la determinación de este concepto, que se consagra a la vez como derecho irrenunciable y como servicio público obligatorio. El concepto de seguridad social en Colombia incluye únicamente aspectos relacionados con la seguridad social en salud y en pensiones.

Según la jurisprudencia², el constituyente consagró la seguridad como un servicio público a cargo del Estado, el cual tiene el deber de dirigir las actividades que se realicen para la prestación de este servicio; igualmente

² Corte Constitucional, Sentencia T-471/92, MP. Simón Rodríguez.

coordinará su operatividad y eficacia y controlará todo su ejercicio, como garantía para que cada ser humano residente en territorio colombiano tenga todos los medios suficientes a su alcance para satisfacer las mínimas necesidades cuando exija la prestación de este servicio público.

A partir de la promulgación de la Constitución, la seguridad social no es privilegio de la clase trabajadora o asalariada sino que este derecho es immanente de toda persona dentro del Estado colombiano, porque la norma fundamental señala la universalidad respecto de todos los habitantes de la República, estén o no trabajando. Si no concurren a la prestación de este servicio la sociedad y la familia, son el Estado y sus instituciones quienes deben cumplir con este fin social.

Se entiende que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. Como alternativa de la lucha de la persona por su subsistencia surge el derecho inviolable e irrenunciable a la seguridad social como la garantía constitucional para que la persona amenazada por alguna enfermedad, accidentada, desprotegida, desempleada o abandonada, tenga acceso a ese derecho y pueda cumplir dentro de los parámetros de la legalidad sus cometidos como ser social.

En las normas internacionales concordantes, la seguridad social se contempla como un derecho esencial a la dignidad humana. En el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipula que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”. En el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y

Culturales los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social (art. 9). De acuerdo con la declaración del V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social de Buenos Aires, 1972, el hombre por el solo hecho de su condición, tiene el derecho a la seguridad social, concebido como la cobertura integral de sus contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad y su integración permanente en la comunidad.

En la Asamblea Nacional Constituyente el gobierno Gaviria propuso un sistema a la chilena —administrado básicamente por el sector privado— para reformar la seguridad social. La Asamblea no lo aceptó al insistir en que la seguridad social, si bien se debería preocupar por la eficiencia, también debería considerar la solidaridad y la universalidad. No obstante, se dejó una puerta abierta al acordar que los servicios de seguridad social podrían ser prestados por entidades públicas y privadas.

Dado que no se llegó a un consenso, el gobierno Gaviria desistió de presentar al Congreso un proyecto de reforma de seguridad social en salud, y únicamente presentó un proyecto sobre la creación del sistema de ahorro pensional. Debido a la negativa del Congreso de la República de darle tránsito al proyecto de pensiones sin salud, el gobierno decidió retomar el tema de la salud. Después de un arduo proceso se produjo la reforma a la seguridad social³.

³ Sobre los antecedentes de la Ley 100 en la Asamblea Nacional Constituyente y en el Congreso de la República se consultó el artículo de Iván Jaramillo Pérez, “*El Salto Social y la Reforma a la seguridad social en Colombia*”,

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 11, 12, 13, 44, 46, 49, 50, 53, 64, 93, 94, 95 n.2, 334, 365, 366, 367, transitorio 47, transitorio 57.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 19

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 37, col. 2)
Comisión V, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 37, col. 3)
Comisión V, (G.C., N° 83, pág. 38, col. 1)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 2)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 32, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 58 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19, abril 18
Comisión III: mayo 13
Comisión V: marzo 19 y 20, abril 2, mayo 14 y 15
Plenaria: junio 10, 14 y 29, julio 3
Codificadora: junio 7 y 18

LEGISLACION

Ley 4 de 1992, art. 17
 Ley 6 de 1992, art. 116
 Ley 31 de 1992, arts. 40 a 44
 Ley 52 de 1993
 Ley 55 de 1993
 Ley 60 de 1993
 Ley 62 de 1993, art. 53
 Ley 73 de 1993
 Ley 82 de 1993, art. 4
 Ley 100 de 1993
 Ley 104 de 1993
 Ley 146 de 1994

A continuación se describen las principales reformas y la estructura de funcionamiento del sistema de seguridad social en Colombia, en lo concerniente a seguridad social en salud y sistema pensional.

En relación con la seguridad social en salud, las leyes 60 y 100 de 1993 crearon un nuevo marco operativo, financiero e institucional para el sector, al establecer las bases para su organización descentralizada y al crear el Sistema Nacional de Seguridad Social, con el objetivo de pasar del modelo asistencialista al de seguridad social. La nueva organización deberá asegurar la cobertura y protección universal en salud en el año 2001. Las condiciones de la transición al nuevo sistema exigen una gran transformación de la oferta pública, que representa el 81% del total, así como la expansión de la oferta privada.

En el Plan Nacional de Desarrollo El Salto Social (1994-1998) se expresa el deseo de desarrollar un sistema de seguridad social integral, eficiente, universal y solidario, retomando así el esquema constitucional referido en su artículo 48. En el diseño del sistema se contempla la ampliación de la cobertura de servicios de salud, la promoción de la salud y la prevención de enfermedades, así como el mejoramiento de la calidad y eficiencia de los servicios de atención curativa. El sistema incluye programas de protección social para los grupos más vulnerables, especialmente la infancia, los jóvenes, las mujeres, la tercera edad y los discapacitados.

en: Fescol-Consejería Presidencial para la Política Social, *¿Hacia dónde va el salto Social?*, Bogotá, 1995.

De acuerdo con el documento CONPES 2756 de enero 11 de 1995, en su versión revisada de acuerdo con la Ley 188 de 1995, el acceso a la seguridad social puede realizarse a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, de acuerdo con la Ley 100 de 1993.

En el régimen contributivo se afilian aquellas personas con vínculo laboral o trabajadores independientes, con capacidad de cotizar. Con la afiliación de la población al régimen contributivo se espera ampliar el número de beneficiarios de la seguridad social de 7.5 a 15 millones de personas en 1998, esto es, aproximadamente a un 40% de la población. Esta meta supone que se haga efectiva la cobertura familiar, y requiere que el sistema atraiga a los grupos con capacidad de cotizar y que actualmente no lo hacen. Exige además la conformación y consolidación de empresas promotoras de salud -EPS-, para promover la afiliación y el recaudo, e instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS-, tanto públicas como privadas y el fortalecimiento de las instituciones estatales que hacen parte del sistema, como el Instituto de los Seguros Sociales.

En el régimen subsidiado se afilia a la población más pobre y vulnerable, sin capacidad de contribuir al sistema. El acceso a la seguridad social integral en el régimen subsidiado contempla específicamente a las mujeres jefes de hogar, las madres comunitarias, las madres gestantes y lactantes y los niños, así como los menores en situación irregular, los discapacitados, los beneficiarios del programa de auxilios para ancianos indigentes, las comunidades indíge-

nas y los habitantes pobres de las zonas rurales. Los desarrollos institucionales de este régimen deberán permitir que aproximadamente 12 millones de personas estén afiliadas al régimen subsidiado en 1998. El Ministerio de Salud y las direcciones seccionales y locales de salud deberán promover la asociación de usuarios. Este régimen subsidiado se financia con recursos de origen fiscal y del porcentaje que el régimen contributivo aporta a la solidaridad; recibe aportes fiscales de la Nación, los departamentos y los municipios. Este régimen subsidiado de seguridad social en salud está asociado a la sustitución de los subsidios a la oferta por los subsidios a la demanda. Los subsidios a la oferta están representados en los presupuestos que actualmente reciben los hospitales públicos directamente del fisco, a través de los fondos seccionales y locales de salud; los nuevos subsidios a la demanda serán los recursos fiscales que reciban las EPS que afilien beneficiarios del 30% más pobre de la población, ubicados en los estratos socioeconómicos 1 y 2. Estas EPS subsidiadas pueden ser del tipo «empresas solidarias de salud» que es una EPS de tipo asociativo, propiedad de los afiliados; o puede ser una EPS de otra naturaleza jurídica, habilitada por los reglamentos para manejar los subsidios a la demanda.

En este último régimen se subsidia el aseguramiento mediante la financiación total del valor de la unidad de pago subsidiada (UPS) a una empresa promotora de salud -EPS-, la que se compromete a garantizar el acceso a los servicios de salud al asegurado y se hace cargo del pago por la atención recibida a las instituciones prestadoras de servicios -IPS-, con base

en un contrato previo y a unas tarifas previamente concertadas. El paquete de beneficios comprometidos se denomina Plan obligatorio de salud subsidiado (POS-S).

En general, la reforma se diseñó para desmonopolizar el manejo de la seguridad social en salud, evitando su chilenización. De una parte, exige que las nuevas empresas promotoras de salud -EPS- ofrezcan un plan obligatorio de salud que no puede excluir a las enfermedades preexistentes al momento de la afiliación, no admitiendo exclusiones diferentes a las que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. El plan obligatorio retoma en ese momento el principio de la integralidad, el cual, como se señaló antes, fue ignorado en el texto constitucional. De otra parte, la Ley 100 de 1993 crea un novedoso sistema de compensación financiera. Este sistema permite que la seguridad social en salud sea manejada por medio de varias EPS, y se evite la presencia de un desbalance entre ellas, de tal manera que unas se queden con los ricos y los sanos, y las otras con los pobres y los enfermos. El sistema opera de tal forma que las diversas EPS recaudan el 12% sobre la nómina, pero dicho recaudo se maneja a través de una cuenta especial, por tratarse de recursos del sistema y no propiedad de las EPS. De esa cuenta, las EPS pueden deducir un cierto valor per cápita -unidades de pago por capitalización (UPC)-, en proporción al número de beneficiarios que estén a su cargo. Si la diferencia entre los recaudos y los valores per cápita es positiva y produce superávit entonces la EPS debe girar ese excedente a un fondo de compensación; pero si ocurre lo contrario, las EPS de los

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-402, T-407, T-426,
T-427, T-453, T-471,
T-479, T-487, T-491,
C-517, T-526, T-533,
T-534, T-540, T-546,
C-559, C-562, C-564,
C-575, T-613.

1993

T-011, C-017, C-056,
C-074, C-097, T-111,
T-124, C-133, C-134,
T-135, T-164, C-166,
T-179, T-181, T-190,
T-223, T-239, T-251,
T-262, T-279, T-307,
T-310, T-315, T-320,
T-328, T-337, T-342,
T-353, T-375, T-383,
T-385, T-391, T-406,
T-437, T-445, T-463,
T-474, T-478, T-516,
C-555, T-570, T-580.

1994

C-012, T-029, T-030,
T-067, T-075, T-083,
C-084, T-089, T-098,
T-111, T-116, C-134,
C-147, C-149, T-172,
C-180, T-220, C-221,
T-229, T-260, T-279,
T-290, T-330, T-340,
T-341, T-378, C-387,
T-392, C-408, T-412,
T-440, T-456, T-464,
C-512, C-529, T-532,
T-553, C-556, T-575.

1995

T-001, T-005, T-025,
SU-043, T-049, C-106,
C-126, T-142, T-143,
T-144, T-147, T-154A,
T-156, T-158, T-159,
T-209, T-214, T-225,
T-271, T-287, T-292,
T-313, C-316, T-339,
T-355, T-356, T-387,
C-461, T-463, T-486,
T-499, T-502A, C-521,
T-526, C-577, C-584,
T-619.

1996

C-006, T-042, C-046, T-065, T-076, T-088, T-089, C-111, C-124, T-131, C-140, T-149, T-162, T-163, T-165, C-173, C-176, T-183, C-189, T-212, T-236, T-246, T-281, C-292, C-309, T-311, T-315, T-323, T-325, T-347, T-352, T-376, C-389, C-390, T-396, T-398, T-418, C-448, T-475, T-476, T-522, C-529, T-533, C-538, T-573, C-579, T-589, T-606, T-607, T-608, T-611, C-613, T-644, T-645, C-663, C-664, T-676, C-687, T-688, T-701, T-703.

pobres y enfermos deberán recibir una compensación para cubrir su eventual déficit⁴.

El régimen subsidiado tiene como meta para 1998 la afiliación del 80% de la población pobre como mínimo, a través de las IPS y las EPS. Tendrán acceso al sistema los grupos de población más pobre y vulnerable, especialmente las mujeres jefes de hogar, las madres gestantes y lactantes y los niños.

Con relación al sistema pensional y la seguridad social anterior a la Ley 100 de 1993, los aportes de los trabajadores iban a un fondo común y de este fondo se pagaban las pensiones; existía un monopolio estatal pues el ISS y las cajas de previsión eran las únicas entidades que recibían los aportes y pagaban las pensiones.

Con el nuevo sistema de pensiones se establecen dos regímenes: un sistema de ahorro pensional con capitalización individual, administrado por las sociedades administradoras de pensiones, cuyo origen puede ser público, privado, mixto o del sector solidario; y, un sistema de pensiones de reparto denominado régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de los Seguros Sociales y por las cajas de previsión que sean autorizadas por el gobierno nacional. Debido a que el sistema de ahorro con capitalización individual podría ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en cuanto no cumple con el principio de «solidaridad», se incluyó la obligación de que quienes ganen más de cuatro salarios mínimos de-

ben aportar un punto porcentual de la nómina a un fondo de solidaridad pensional, destinado a subsidiar a los pensionados más pobres. Por esta razón ahora el sistema se denomina régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el nuevo sistema pensional la afiliación es obligatoria para las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, y para los grupos de población que reciban subsidio a través del Fondo de Solidaridad Pensional. Para los trabajadores independientes y en general para las demás personas residentes en el país esta afiliación es voluntaria.

En el sistema solidario de prima media con prestación definida los requisitos para pensionarse son: 55 años para la mujer y 60 para el hombre, y un mínimo de 1.000 semanas de cotización, hasta el año 2013. En el año 2014 se aumentará la edad a 57 años para la mujer y 62 para el hombre.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad todos los afiliados tienen actualmente garantía de pensión mínima a los 57 años para la mujer y 62 años para el hombre, con un mínimo de 1.150 semanas de cotización.

Ambos sistemas ofrecen las mismas prestaciones: pensión de vejez, pensión de invalidez por riesgo común, pensión de sobrevivientes por riesgo común y auxilios funerarios.

Los requisitos para pensión de vejez en cuanto a edad y semanas de cotización se aplican a todos los trabajadores. En actividades de alto riesgo varían las semanas de cotización según el riesgo al cual esté expuesto el

⁴ Iván Jaramillo, op. cit, pág. 120 y ss.

trabajador. En el régimen de ahorro individual con solidaridad, si el trabajador tiene capital suficiente para garantizar la pensión –100% del salario mínimo mensual legal vigente– puede pensionarse a cualquier edad. Existe jubilación forzosa a los 65 años de edad para los trabajadores públicos del orden nacional.

En ninguno de los dos regímenes podrá existir una pensión inferior al salario mínimo legal vigente. El monto de la cotización será de 13.5% a partir de 1996, de la cual el 75% es a cargo del empleador y el 25% a cargo del trabajador. La Ley dispone de una regulación de libre escogencia por parte del afiliado para la selección tanto del régimen como de la institución a la cual desea afiliarse.

Con el punto porcentual de cotización adicional sobre la nómina se constituyó el Fondo de Solidaridad Pensional. Este fondo tiene como fin garantizar que la población más pobre y con dificultades de inserción en el mercado de trabajo cuente con una pensión cuando llegue a la tercera edad. Además del 1% de la nómina de trabajadores que devengan más de cuatro salarios mínimos, el Fondo se financia con una contrapartida, al menos igual, por parte del presupuesto nacional. Este subsidio se orienta en particular hacia trabajadores asalariados o independientes, menores de 65 años, y a las madres comunitarias que estén afiliadas al régimen general de salud que demuestren un nivel de ingreso máximo de un salario mínimo, que pertenezcan a los estratos socioeconómicos más bajos y que no estén afiliados al régimen de pensiones. A través del programa Revivir de la Red de Solidaridad Social se apo-

yarán los ancianos indigentes con un auxilio mensual, complementado con planes de atención que pondrán en marcha los municipios.

A pesar de la importancia que tiene la reforma a la seguridad social adelantada en Colombia, aún prevalece una situación en la cual la igualdad material no es una realidad en contraposición a lo establecido por la Carta Constitucional. En efecto, si bien la reforma prevé que en el año 2000 todo colombiano deberá estar vinculado al sistema, la reforma promueve las desigualdades y la segregación social. Mientras los afiliados al régimen contributivo contarán con una atención integral en salud, los del régimen subsidiado, al menos hasta el año 2001, tan sólo podrán acceder a los servicios del primer nivel, según se desprende del artículo 62 de la Ley 100 de 1993.

En relación con las políticas sociales, el Plan Nacional de Desarrollo para el período 1994-1998 “El Salto Social” contempla dentro de la estrategia de seguridad social integral los siguientes seis programas: seguridad social en salud –contempla el acceso universal y equitativo a servicios de salud preventivos y curativos, el mejoramiento de la calidad de la oferta pública de servicios, la gestión descentralizada y capacidad técnica del sector, la garantía y calidad de los servicios, el apoyo a la ciencia y la tecnología para la salud–, programas para la niñez –movilización en torno a la niñez, protección, desarrollo y bienestar de la niñez, programas especiales para menores en situación irregular y desarrollo institucional–, tercera edad –vinculación al sistema de seguridad social, promoción de ofertas

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 22.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9. Declaración Americana, artículo XVI.

Convención Americana, artículo 26.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12.

Convención de los Derechos del Niño, artículos 18 y 26.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 24.

Convenios 12, 17, 18, 24, y 25 de la OIT.

locales de servicios, reconocimiento positivo de la vejez, auxilio para ancianos indigentes, afiliación a cajas de compensación–, prevención y atención a la discapacidad, y fortalecimiento de las cajas de compensación familiar.

Artículo 49

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades

territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la salud se define como un estado total de bienestar físico, mental y social. En consecuencia, la salud incluye pero trasciende el funcionamiento orgánico individual y, por tanto, es considerada como sensación individual y colectiva de bienestar, como la resultante de la concreción de las condiciones de posibilidad de la vida, como la vida en presente positivo.

La situación de salud de los colombianos¹ se encuentra en una transición caracterizada por un mejoramiento progresivo pero desigual del estado de salud y por la concurrencia de enfermedades transmisibles, crónicas y degenerativas, que afectan con mayor severidad a la población más pobre. Además, el trauma y el homicidio han tomado una inusitada preponderancia en el marco epidemiológico general. La carga de la enfermedad por trauma y violencia se ha incrementado hasta el punto de representar el 40% de los años de vida saludables perdidos –otro 39% se debe a enfermedades no transmisibles, crónicas y degenerativas, y 21% a enfermedades transmisibles y perinatales–.

En efecto, hace tres décadas la violencia ocupaba el noveno lugar entre las causas de muerte en Colombia. En los setenta pasó al cuarto lugar y desde los ochenta se ubicó en el primer lugar, tomando cada vez mayor ventaja en relación a las demás causas de muerte de los colombianos. En la última década han muerto en el país más de 230.000 personas sólo por homi-

dios, cifra superior a la de 200.000 víctimas calculadas para el período de los cuarenta y cincuenta, señalado como el de la «violencia en Colombia»². En 1994 los homicidios constituyeron el 70% de muertes violentas registradas en el país. Entre 1987 y 1994 los homicidios se multiplicaron por un factor de 3.5.

Los hombres jóvenes son las víctimas favoritas de los homicidios, con una relación de 13 - 1 y un incremento preocupante de la participación femenina. El 70% de las víctimas de homicidio tienen entre 15 y 34 años. En relación con las causas externas de la violencia que incluyen homicidios, accidentes de tránsito y suicidios, los primeros cuaduplican tanto a los suicidios como a las muertes en accidentes de tránsito. Las muertes por accidentes de tránsito tienen una distribución casi aleatoria en todos los estratos, mientras el suicidio muestra una tendencia ascendente de los estratos bajos hacia el alto; de manera inversa, el homicidio tiene mayor impacto en los estratos bajos, con tendencia decreciente hacia el alto. En conjunto, Colombia aporta el 15% del total de víctimas fatales de violencia en América Latina y el Caribe, y el 20% del total de homicidios de la misma región. Según Saúl Franco, Colombia padece una verdadera epidemia de homicidios. La violencia en su conjunto constituye hoy el principal problema de salud pública en el país, tanto en términos de muerte, como en términos de dolor, enfermedad, deterioro de la calidad de la vida y costos económicos para la sociedad y para el sector.

¹ En la descripción de la situación de la salud ver: Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2756, Bogotá, 1995.

² Este análisis se basa en el documento de Saúl Franco Agudelo, *Violencia y salud en Colombia*, Bogotá, IEPRI-Universidad Nacional, 1995.

En Colombia se está imponiendo un conjunto de formas de relación pautadas esencialmente por mecanismos de fuerza, coacción y miedo. Según un estudio del Ministerio de Salud, citado por Franco, el 80% de los colombianos registra algún grado de enfermedad mental y de éstos últimos el 20% requiere atención profesional.

De otra parte, entre 1950 y 1991 la mortalidad materna disminuyó de 311 a 60.2 por cien mil, la mortalidad infantil descendió de 23.2 a 30 por mil y la esperanza de vida al nacer se incrementó de 50.6 a 69.2 años. No obstante, este desarrollo ha sido heterogéneo regional y socialmente y el perfil epidemiológico presenta todavía rasgos de enfermedad y muerte compatibles con las regiones subdesarrolladas —prevalencia de la morbilidad por enfermedades infecciosas— así como los característicos de los países desarrollados —enfermedades crónicas y degenerativas—.

El acceso al sistema de salud es limitado e inequitativo. El 20% de la población no logra ser atendido por el sistema de salud por razones de costos y el 25% de los servicios provistos por el sistema público de salud, particularmente los de cirugía, se dirige a los grupos de mayores riesgos. Además, el 80% de la población no se encuentra registrado en el sistema de seguridad social y de éstos el 42% corresponde a la franja más pobre de la población.

Además, las instituciones estatales de salud se caracterizan por la obsolescencia en la gestión y por las grandes limitaciones en su capacidad resolutoria. La oferta de personal de salud es inequitativa regionalmente y

los indicadores del sector no permiten calificar la evaluación de los servicios. Todo esto con efectos negativos sobre la aplicación de la normatividad referente al proceso de descentralización.

La cobertura en servicios, sobre todo curativos, tiene las siguientes proporciones: sector oficial 40%, seguridad social 23% y sector privado 14%, quedando al margen un 23% sin atención institucional; no obstante, en materia de acciones de salud pública propiamente dichas la vacunación supera el 80% de la población y los servicios de acueducto y alcantarillado 57% y 47%, respectivamente. La limitación principal de acceso efectivo al servicio de salud es la falta de aseguramiento.

De acuerdo con el artículo 49, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Sin embargo, en la medida en que la seguridad social en salud se haga extensiva a todos los habitantes, la atención en salud será cada vez más parte integrante del sistema de la seguridad social.

Los constituyentes elevaron a rango constitucional apartes de la Ley 10 de 1990 en su definición de la salud como servicio público y al determinar que los servicios básicos serían gratuitos. En el desarrollo de esta norma, la Ley 100 de 1993 destaca el carácter de la salud en su “naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia” y precisa que la intervención del Estado buscará principalmente “lograr la ampliación progresiva de la seguridad social en salud, permitiendo a los habitantes del país el acceso a los servicios de edu-

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 11, 12, 44, 48, 50, 54, 64, 78, 79, 93, 94, 95 n.2, 150 n.23, 334, 336, 356, 365, 366, 367.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículos 3 y 5 (G.C., N° 83, pág. 37, col. 3)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 49 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19, abril 8
Comisión V: marzo 19, mayo 14 y 15
Comisión conjunta: mayo 9
Plenaria: junio 6, 14 y 29
Codificadora: junio 18 y 22

LEGISLACION

Ley 9 de 1979
 Ley 10 de 1990
 Ley 12 de 1992
 Ley 29 de 1992
 Ley 51 de 1993
 Ley 52 de 1993
 Ley 55 de 1993
 Ley 60 de 1993
 Ley 65 de 1993, arts. 104 y 107
 Ley 82 de 1993, art. 10
 Ley 99 de 1993
 Ley 100 de 1993
 Ley 104 de 1993
 Ley 146 de 1994
 Ley 162 de 1994
 Ley 164 de 1994
 Ley 165 de 1994
 Ley 171 de 1994

cación, información y fomento de la salud, protección y recuperación”.

De acuerdo con Iván Jaramillo, como consecuencia de una interpretación amplia de los conceptos constitucionales y legales, el conjunto de los colombianos tiene derecho a un plan de servicios personales de salud en la prevención de enfermedad, promoción y recuperación de la salud y la atención de la maternidad, pero, de otra parte, tiene derecho también a vivir en un ambiente saludable que incluye el saneamiento ambiental y los servicios colectivos de salud pública, orientados por lo general al control de los factores de riesgo para la salud³.

Según los constituyentes, la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental deben realizarse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Un factor determinante de la finalidad social del Estado es la atención básica en materia de salud. El artículo 334 de la Constitución establece que el Estado, de manera especial, intervendrá para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. Respecto a la solidaridad, los constituyentes tuvieron en cuenta que ésta es el concurso de toda la sociedad en el propósito de buscar el bienestar colectivo y la mayor felicidad compensando las desigualdades y favoreciendo política, social y económicamente a las personas, grupos o regiones históri-

³ Iván Jaramillo, “El derecho a la salud, estado actual y perspectivas”, en Libardo Sarmiento, (Compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia. Balance y perspectivas*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, pág. 109, 1995.

camente discriminadas, oprimidas y en condición de pobreza. La solidaridad es promovida por el Estado y garantizada con la participación y el aporte efectivo de todas las personas y organizaciones.

Los constituyentes igualmente estuvieron de acuerdo en desarrollar un sistema unificado de salud con sentido empresarial. Esto es, sin abandonar el principio de servicio público, que el sistema opere dentro de la racionalidad de la operatividad, la eficiencia, la eficacia y la racionalidad que permita una concurrencia en la prestación del servicio a las instituciones privadas, fundamentalmente las asociativas y comunitarias, con capacidad de competencia. Esto permite la competencia dentro del sector público, entre instituciones, entre hospitales, entre clínicas, etc., y en el sector privado, para que no exista una relación enfeudada entre el afiliado y el servicio, para que la institución reciba recursos de acuerdo con la atención al usuario y que el usuario esté en libertad de escoger el lugar donde quiere ser atendido.

Hubo consenso entre los constituyentes de incluir lo referente al saneamiento ambiental dentro del sector de la salud debido a la gran cantidad de recursos que el país invierte en contra de enfermedades provocadas por la falta de saneamiento en las aguas, en la atmósfera, en el manejo de los desechos líquidos y sólidos, en la atención de la población rural que no dispone de un porcentaje mínimo de pozos sépticos, y no permitiendo producir efectos multiplicadores que le pueden ahorrar al país recursos importantes y mejorar la calidad de vida de la población, con efectos aun mayores sobre la niñez.

Incluir aquí el saneamiento ambiental le cambia la connotación que tiene la política de salud, de una política curativa a una preventiva. El sistema unificado de salud tiene que poner especial énfasis en la medicina preventiva, entendida ésta como el cumplimiento por parte de los municipios de su responsabilidad de dotación de agua potable, construcción de alcantarillados sanitarios, etc. Aunque la inversión en este tipo de programas es cuantiosa, su costo es menor al referido específicamente a la medicina curativa y sus efectos positivos sobre el bienestar social son mayores.

Según la jurisprudencia, la salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres se encuentra protegido especialmente en el caso de las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 CP.). Así entendido este derecho, busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (art. 11 CP.), por lo cual su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y el legislador, con miras a su protección efectiva. Este tratamiento favorable permite restablecer las condiciones de igualdad a grupos o personas que se encuentren en situaciones desfavorables como resultado de sus circunstancias de debilidad.

Afirma también la Corte Constitucional que el derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la

salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. De allí que conductas que atenten contra el medio ambiente sano, se traten de manera concurrente con los problemas de la salud. Además, el reconocimiento del derecho a la salud supone la prohibición de que las personas desarrollen conductas que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos da al derecho a la salud un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos.

La frontera entre el derecho a la salud como derecho fundamental y como derecho asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso (art. 13 CP.), pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales sólo conservan esta naturaleza en su manifestación primaria y pueden ser objeto allí del control de tutela, sin perjuicio de que circunstancias generales de desarrollo económico y social permitan ampliar los espacios de la libertad y de los derechos inherentes a la persona, o que circunstancias particulares así lo permitan para un caso en especial⁴.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-484/92, MP. Fabio Morón.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-402, T-406, T-408,
T-411, T-415, T-426,
T-427, T-479, T-487,
T-499, T-505, T-517,
T-521, T-522, T-533,
T-536, T-548, C-559,
T-570, T-578, C-580,
C-590, T-613.

1993

C-027, T-028, T-111,
C-134, T-164, T-189,
T-225, T-229, T-231,
T-251, C-337, T-366,
T-375, T-383, C-391,
T-394, T-405, T-406,
T-418, T-437, T-471,
T-478, T-597.

1994

T-014, T-025, T-028,
T-030, T-049, C-059,
C-087, C-089, T-125,
T-140, C-147, T-171,
C-180, T-192, T-204,
T-206, C-221, T-229,
T-277, C-313, T-325,
C-333, T-341, T-385,
T-401, T-420, T-422,
T-432, T-437, T-443,
T-447, T-449, T-463,
T-468, C-497A, T-500,
T-504, T-523, T-553,
T-576.

1995

SU-043, T-049, T-062,
C-106, T-113, C-151,
T-154A, T-157, T-158,
T-195, C-205, T-271,
T-284, T-287, C-316,
C-328, T-371, T-409,
T-473, T-486, T-499,
T-502A, T-550, T-556,
T-559, T-571, T-577.

1996

C-037, T-042, T-075,
C-079, T-088, T-089,
T-151, T-162, C-176,
T-236, SU-256, C-264,
C-274, T-281, C-292,
T-311, T-312, T-319,
C-332, T-347, T-351,
T-375, T-396, T-398,
C-410, T-462, T-474,
T-514, T-516, T-533,
T-546, T-589, T-593,
T-623, T-645, T-648,
T-697.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprende que una vulneración o amenaza del derecho a la salud que a la vez vulnere o amenace vulnerar alguno de los derechos consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Carta, es razón suficiente para interponer la acción de tutela. En este sentido simplemente se ha dado aplicación a la tesis según la cual algunos derechos que no aparecen considerados expresamente como fundamentales se tornan tales debido a que su conexión con los derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, éstos prácticamente desaparecerían o se haría imposible su eficaz protección.

Como Estado social de derecho, el colombiano debe caracterizarse no solamente por instituir positivamente las libertades públicas, los derechos humanos o los llamados “derechos fundamentales”, sino que le compete proveer lo que sea necesario para realizar la prestación de los servicios públicos a su cargo, en especial los relacionados con el respeto y la integridad de la persona humana, pues con ello se realizará un orden jurídico y social cierto y eficaz que redunde para la colectividad en seguridad jurídica⁵.

El derecho de acceso a la protección, la atención y la recuperación de la salud es concordante con las normas internacionales establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 25 de la Declaración Universal establece que toda

persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar. El artículo 12 del Pacto Internacional señala que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Con relación al gasto y a la política social en salud que desarrolla el Estado colombiano se tiene que durante la década de los ochenta el gasto público en salud decreció progresivamente con un repunte en 1988 para caer de inmediato —en términos porcentuales del PIB el gasto pasó del 1.2% en 1984 al 1% en 1988; en 1989 representó el 1.3% y en 1991, 1.2%—. Posteriormente a la Ley 10 de 1990 logra recuperarse nuevamente para conseguir aun más grandes expectativas de mejoras sustanciales hacia adelante como consecuencia del impacto de las leyes 60 y 100 de 1993 —en 1993 el gasto público en salud fue el 1.5% del PIB; en 1994, el 3.3% y en 1995 superó el 4%—.

La política social en salud para el período 1994-1998 tiene como objetivo mejorar las condiciones de salud, de tal manera que se disminuyan en un 20% los años de vida saludables perdidos, se reduzca la mortalidad infantil en un 15% y la tasa de mortalidad materna en un 50%, y se aumente en un año la esperanza de vida al nacer; también ampliar la cobertura de seguridad social, pasando del 20% al 71% en 1998; asegurar la atención en salud a la población no afiliada y su incorporación progresiva a los servicios integrales de salud a través del sistema general de seguridad social; desarrollar la capacidad técnica, financiera y administrativa de

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 16 de marzo de 1992.

las entidades estatales del sector; promover el desarrollo científico y tecnológico del sector, orientado a mejorar la prevención, el diagnóstico y la atención en salud, así como al desarrollo de la tecnología adecuada; avanzar en el manejo descentralizado de los servicios públicos de salud y adecuar el sistema público al marco del sistema de seguridad social en salud; y, desarrollar y aplicar los mecanismos que contribuyan a mejorar la calidad de los servicios de salud en todos los niveles de atención⁶.

Además de estos objetivos de la política social, los expertos en el tema recomiendan que en desarrollo de los conceptos constitucionales y legales, teniendo en cuenta las limitaciones existentes, se debería: separar la gestión de la salud pública de los servicios asistenciales de beneficio individual (por servicios de salud pública hay que entender exclusivamente aquellos que tienen un impacto colectivo en toda la comunidad sin consideraciones de focalización socioeconómica; por tanto su prestación debería corresponder a las secretarías locales y seccionales de salud bajo la dirección del Ministerio de Salud); expandir el régimen subsidiado mediante la contratación entre el Instituto de Seguro Social y las cajas de compensación familiar con los municipios. La recomendación central sería combinar la estrategia de cambio del modelo de atención con los reordenamientos de la oferta y la demanda de servicios⁷.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 25.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.
Declaración Americana, artículo XI.

Convención Americana, artículo 26.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículos 10, 12 y 14.
Convención de los Derechos del Niño, artículos 23, 24 y 25.

Convenios 13, 16, 18, 24, 25, 136, 167 y 170 de la OIT.

⁶ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2756, Bogotá, 1995.

⁷ Iván Jaramillo, op. cit., págs 126 a 129.

Artículo 50

*Todo niño menor de un
año que no esté cubierto
por algún tipo de
protección o de seguridad
social, tendrá derecho a
recibir atención gratuita
en todas las instituciones
de salud que reciban
aportes del Estado. La ley
reglamentará la materia.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 11, 12, 13, 44, 48, 49, 334, 356, 365, 366, 367.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V (G.C., N° 83, pág. 38, col.1)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 32, col.2)
Comisión Codificadora, artículo 49A (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión V: mayo 14 y 15
Plenaria: junio 6, 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

Con este artículo los constituyentes de 1991 buscaron amparar el segmento más débil y vulnerable de la población, el de los niños menores de un año de edad, con un mecanismo extraordinario en materia de atención médica y hospitalaria. La obligación que en esta norma se impone a todas las instituciones de salud de prestar atención gratuita a los niños tiene tres condiciones o restricciones: los niños no deben haber cumplido el primer año de edad; debe tratarse de niños que no estén incluidos en ningún tipo de protección o sistema de seguridad social; las instituciones de salud obligadas son sólo aquellas que reciban aportes del Estado.

El artículo 50 de la Constitución es concordante con la norma establecida en los artículos 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En el primero de estos dos artículos se establece que los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; en el segundo, se afirma que los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En la discusión de esta iniciativa en la Asamblea Nacional Constituyente se puso de presente que los índices más altos de mortalidad infantil se presentan antes de cumplirse el primer año de vida y son ocasionados en la mayor parte de los casos por infecciones gastrointestinales y de las vías respiratorias relacionadas con la falta de agua potable y de alcantari-

llado, es decir, con la pobreza¹. De hecho, la tasa de mortalidad infantil de menores de un año es de 30 por mil; el 41% de la población infantil se encuentra en situación de pobreza y el 15.6% se encuentra en miseria. Los riesgos sociales para la población infantil se agravan por la situación familiar en cuanto el 26.7% de los hogares se encuentra en situación de pobreza y el 10.4% en miseria, con un número promedio de 5.4 personas por hogar en el primer caso y de 5.9 en el segundo, que supera ampliamente el promedio nacional de 4.5 personas por hogar. El desempleo es mayor en los hogares pobres y sus ingresos equivalen apenas a una quinta parte de los hogares no pobres. Estas circunstancias hacen que los niños de los hogares pobres estén más expuestos a problemas de salud, a discapacidades, desnutrición, desescolarización, maltrato, abandono y abuso sexual².

Los constituyentes tuvieron en cuenta, además, que el derecho a la vida es un derecho fundamental. Esta norma se debería complementar con el derecho a la salud y al saneamiento ambiental. Las deficiencias en el saneamiento ambiental en Colombia diezman el potencial más valioso de una sociedad que son los niños. Una tasa de mortalidad infantil como la colombiana constituye no sólo una aberración sino un desafío para quienes tienen la responsabilidad política de plantear soluciones rápidas, oportunas y eficaces para evitar esa grave tragedia social.

De acuerdo con la jurisprudencia, el constituyente reafirmó con el

¹ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág. 150.

² Departamento Nacional de Planeación, documento CONPES 2787, Bogotá, 1995.

artículo 50 el deber social de proteger al niño y brindarle amparo, entendido éste tanto desde el punto de vista de la seguridad social propiamente dicha, como de la asistencia social para los menores de un año que carezcan de aquélla³. Si bien este artículo remite a la ley, no puede afirmarse que el derecho que consagra quede suspendido hasta tanto la ley no lo reglamente. Los derechos de los niños, y particularmente el derecho a la salud, que en los niños tiene importantes repercusiones frente al derecho a la vida, no pueden depender de la voluntad del legislador. Así las cosas, la evidente conexidad de este derecho con el derecho consagrado en el artículo 44 hace que su protección deba ser inmediata y que pueda ser invocada mediante la acción de tutela.

En efecto, mediante una tutela un menor de un año de edad recibió la protección de sus derechos de salud, a la vida y a la igualdad, mediante sentencia en la que se ordenó prestarle la atención médica. En concepto de la Corte, una entidad de seguridad social no puede rehusarse a efectuar una operación a una menor, hija de un afiliado, con el pretexto de que la menor no nació en el centro hospitalario de la entidad o que ésta no cuenta con los equipos indispensables para efectuar el tratamiento, porque se verían vulnerados sus derechos fundamentales⁴.

LEGISLACION

Ley 60 de 1993
Ley 100 de 1993

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-008, T-402, T-406,
T-427, T-471, T-487,
C-580, T-613.

1993
T-036, T-116, T-178,
C-337, T-374, T-437,
T-527, T-597.

1994
T-030, C-041, T-064,
T-068, C-313, T-432.

1995
T-387, T-499.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 25.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12.
Declaración Americana, artículo XI.
Convención Americana, artículos 19 y 26.
Declaración de los Derechos del Niño, principios 2 y 4.
Convención de los Derechos del Niño, artículo 24.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-471/92, MP. Simón Rodríguez.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-378/94, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 51

*Todos los colombianos
tienen derecho a vivienda
digna. El Estado fijará las
condiciones necesarias
para hacer efectivo este
derecho y promoverá
planes de vivienda de
interés social, sistemas
adecuados de financiación
a largo plazo y formas
asociativas de ejecución de
estos programas
de vivienda.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 58, 64, 334, 336, transitorio 46.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V (G.C., N° 83, pág. 41, col.3)
Primer Debate (G.C., N° 109, pág. 6, col.3)
Comisión Codificadora, artículo 50 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 18
Comisión V: mayo 15
Plenaria: junio 10, 14 y 29
Codificadora: junio 22

Según el CENAC la demanda insatisfecha de vivienda en 1994 superaba 2 millones de unidades, cuando en 1985 esa cifra era de 1.800.000, lo que permite concluir que mientras la demanda crece a un ritmo acelerado, la oferta es lenta, en parte por la insuficiencia de recursos financieros otorgados por el Estado. Además, la mayor parte de la población objetivo del programa de vivienda social se ha marginado de la participación en el mismo debido a problemas de desinformación, credibilidad e ingresos insuficientes¹.

En general, la política reciente de vivienda social urbana ha registrado varios problemas en Colombia: escaso apoyo e impulso a la participación de los municipios y las organizaciones comunitarias; el programa ha carecido de estímulos a la gestión municipal para ampliar la oferta de tierras para vivienda social; se ha presentado una adjudicación excesiva de subsidios para lotes con servicios que posteriormente no construyeron una efectiva solución de vivienda; y, la estrategia no ha sido complementada con acciones dirigidas a corregir los problemas del entorno de los barrios subnormales, que afectan notoriamente las condiciones de vida de la población².

En el campo de la vivienda, con el artículo 51 de la Carta Constitucional se ha dado un gran paso; allí por primera vez en la historia del país se establece el derecho de todos los

colombianos a una vivienda digna. El Estado y la sociedad desarrollarían las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés común, promoviendo planes de vivienda de interés social y formas adecuadas de financiación de largo plazo, y estimulando formas asociativas de ejecución de programas de vivienda. El Estado debería participar en la plusvalía que genere la acción urbanística de los entes públicos. De igual manera, la aprobación de esta norma tiene el interés de estimular constitucionalmente mecanismos que permitan superar el déficit de vivienda en nuestro país, evitar el fomento de constructoras piratas y superar las condiciones de vida de los tugurios. Los constituyentes pensaron que la construcción debería tener una responsabilidad con la calidad de la vivienda pero también con los precios equitativos.

En la normatividad internacional el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció en el artículo 11 el reconocimiento de los Estados Parte del derecho de toda persona a una vivienda adecuada. Recientemente, en el proyecto de declaración de principios y plan de acción mundial preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos Hábitat II (Tercer período de sesiones, Nueva York, 5 a 16 de febrero de 1996) se adoptan los objetivos de vivienda adecuada para todos y desarrollo sostenible en un mundo en proceso de urbanización y se reitera el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que incluye un nivel de vivienda adecuada, y se define a los asentamientos humanos equita-

¹ Cámara Colombiana de la Construcción, *Infraestructura y desarrollo: retos de la construcción*, Bogotá, Presencia, 1994.

² Departamento Nacional de Planeación, documento CONPES 2729, Bogotá, 1994.

tivos como aquellos en que todas las personas –mujeres y hombres, niños y jóvenes– tienen igual acceso a vivienda, infraestructura, cuidados de salud, zonas verdes y espacios abiertos, y otros servicios básicos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la norma en estudio la dignidad adquiere exigibilidad como elemento normativo del derecho a la vivienda. No exclusivamente la adquisición de vivienda, sino la vivienda acorde con el valor de la persona humana –proyecto de vida plena, libre y autorrealizada– es el fin buscado por el Constituyente en el artículo 51 de la Constitución. Al igual que otros derechos de contenido social, económico o cultural –también llamados de segunda generación–, el derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo o derechos programáticos condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que las hacen posibles. Por esto es acertado afirmar que, en principio, los derechos de segunda generación no son susceptibles de protección inmediata por vía de tutela. Situación diferente se plantea una vez las condiciones jurídico-materiales se encuentren cumplidas. En dado caso, el derecho constitucional adquiere fuerza normativa directa y a su contenido esencial deberá extenderse la necesaria protección constitucional³.

El artículo 85 de la Carta establece que el derecho a la vivienda no es

³ Corte Constitucional, Sentencia T-308/93, MP. Eduardo Cifuentes.

de aplicación inmediata, entonces es más bien un derecho que debe ser desarrollado por el legislador⁴.

En materia de vivienda, como ha señalado el actual Viceministro de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable, el cumplimiento constitucional presenta obstáculos:

“en el país no sabemos todavía lo que es una vivienda digna. Si establecemos la diferencia entre déficit cualitativo y déficit cuantitativo y derivamos del primero las necesidades insatisfechas de vivienda, es claro que ellas se refieren fundamentalmente al mejoramiento integral y no, necesariamente, a la construcción de una vivienda nueva. Cuando se concibe la vivienda subordinando la cantidad a la calidad, se está enfatizando que los hogares –teniendo en la inmensa mayoría de los casos una unidad habitacional– no reúnen unas condiciones básicas de habitabilidad: techos, paredes y pisos en mal estado, carencia de servicios públicos, problemas de entorno, o lo que es lo mismo, gran precariedad en el urbanismo básico, vías, calles, parques, equipamientos, etc. Pensar así el problema conlleva una forma muy distinta de actuar y por ende de formular la política”⁵.

El derecho a la vivienda supone el reconocimiento de la dignidad hu-

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-382/93, MP. Alejandro Martínez.

⁵ Fabio Giraldo, “La Nueva Constitución y la Ciudad”, en: Libardo Sarmiento, (Compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: Balance y perspectiva*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, 1995.

LEGISLACION

Decreto 663 de 1993
Decreto 765 de 1993
Decreto 1971 de 1993
Ley 60 de 1993
Ley 82 de 1993, art. 14
Ley 104 de 1993, arts. 29 a 34
Ley 115 de 1994, art. 136
Ley 146 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-423, T-427, C-575.

1993
C-015, T-189, C-197,
T-308, C-337, T-366,
T-382, T-392.

1994
C-022, T-032, T-256,
C-265, C-311, T-325,
C-408, T-449.

1995
T-021, T-251, T-284,
T-309, T-370, T-495,
T-569, T-617.

1996
T-237, C-251, T-269,
T-477.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.

Declaración de los Derechos del Niño, principio 4.
Convención de los Derechos del Niño, artículos 25 y 27.3.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 21.

mana, lo cual se traduce en un conjunto de condiciones materiales y espirituales de existencia del ser humano que permite vivir con cierta calidad y contar con un espacio idóneo para el libre desarrollo de la personalidad.

Según Fabio Giraldo, el desarrollo de una política de vivienda en el marco del precepto constitucional debe optimizar lo existente y actuar sobre el mercado de la vivienda, con el propósito de facilitar su desarrollo y “corregir” las deficiencias e inequidades que se generan, en especial en relación con el mercado de menores ingresos. En forma particular se propone una noción amplia de la política de vivienda que mejore la focalización de los recursos destinados por el Estado a la solución de problemas habitacionales tanto de casa como de entorno para cubrir la población ubicada en asentamientos subnormales y reducir el déficit cualitativo; que supere las limitaciones y las distorsiones introducidas por la restricción del concepto de vivienda a la noción de casa, y que permita establecer las relaciones de la política de vivienda con las de los demás atributos urbanos.

Con relación al gasto público y a la política social en vivienda puede afirmarse que en Colombia durante la década de los ochenta el financiamiento de los programas de vivienda alcanzó el 1.4% del PIB en 1984; posteriormente la participación cayó en cerca de un 66% participando con sólo el 0.4% en 1989. Hasta 1990 funcionó el Instituto de Crédito Territorial, año en el cual el gasto público en vivienda fue del 0.5% respecto al PIB. A partir de 1991 esta institución se transformó en el INURBE, entidad no ejecutora sino de carácter financiero y subsidiario.

En el período 1992-1995 el gasto en vivienda pasó del 0.4 al 0.3% del PIB.

La política de vivienda social diseñada para el período 1994 - 1998 se fundamenta en el subsidio familiar de vivienda, individual o colectivo, focalizado en la población más pobre y articulando a la Red de Solidaridad Social. La política se realizará con el concurso integral de cuatro agentes: la comunidad, el INURBE, los municipios y los fondos de cofinanciación. Este subsidio se articula a programas complementarios de mejoramiento del espacio y de la infraestructura de servicios comunitarios, con el fin de promover un desarrollo urbano integral y ordenado, y mejorar las condiciones de vida de los colombianos más pobres.

Los objetivos de la nueva política buscan realizar 606.000 soluciones de vivienda social urbana entre 1994 y 1998, lo que reduciría el déficit de vivienda social urbana en cerca del 43%; beneficiar 1.123.000 familias con programas complementarios de entorno; impulsar la participación municipal y comunitaria; y, promover procesos de reforma urbana que permitan habilitar tierras aptas para vivienda social, utilizando los instrumentos definidos por la Ley 9 de 1989.

Artículo 52

Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre. El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará las organizaciones deportivas, cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 44, 64, 67, 300 n. 10.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 3)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 3, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 51 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 15
Plenaria: junio 5, 6, 10, 18 y 29

La Asamblea Nacional Constituyente se interesó en lograr que una de las funciones del Estado consistiera efectivamente en apoyar la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, como son las de salud, educación, vivienda, comunicaciones, agua potable, energía, recreación y deporte. Por ello incluyeron explícitamente en la Carta que todos los colombianos tienen derecho a la recreación, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre.

Como ha sido señalado por uno de los exconstituyentes la Carta puede leerse como una compilación de anhelos de cambio y de dignificación del colombiano¹. De acuerdo con el diagnóstico que sirve de base a la política de deporte y recreación², Colombia registra una baja cobertura poblacional de las prácticas deportivas, una orientación de la inversión que privilegia a la élite de alta competencia y un marco institucional que no favorece la integración efectiva de la población a actividades deportivas y recreativas. La educación física es deficiente en calidad y el tiempo destinado a esta asignatura en los establecimientos educativos es reducido —el sistema educativo cuenta en la actualidad con 13 mil licenciados y tecnólogos en educación física y deporte, frente a un número total de 67 mil establecimientos educativos—. En los estratos de menores ingresos el deporte escolar es inexistente. La recreación se caracteriza por la insuficiencia de programas que convoquen a amplios sectores de la comunidad.

No ha sido prioritaria la planificación urbana, y la insuficiencia de espacios libres para la recreación y el deporte es particularmente crítica en los barrios más pobres. Sólo un 10% de la población colombiana práctica eventualmente algún deporte y únicamente el 0.7% de la población lo hace con regularidad y vinculación a alguna organización deportiva. La construcción de espacios deportivos comunitarios y escolares no ha tenido un apoyo decidido.

Con relación al tiempo libre, las actividades de esparcimiento en su mayoría están únicamente al alcance de las élites económicas del país. La posibilidad de acceso a las actividades culturales reflejan las desigualdades profundas que existen entre las diversas categorías sociales. Gran parte de la población —en particular los sectores populares urbanos y las comunidades rurales— está al margen de las actividades culturales, no sólo por la carencia de recursos económicos sino por el nivel cultural, el grado de escolaridad y la escasez de tiempo libre (que es definido como el tiempo total menos el tiempo dedicado al trabajo, estudio, obligaciones personales y del hogar, y satisfacción de necesidades de alimentación, aseo y sueño)³.

Con claridad y acierto ha definido la jurisprudencia el valor que tiene para la dignificación de la persona humana la recreación, el deporte y el tiempo libre. Según la Corte Constitucional⁴, después de la nutrición, la

¹ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit. pág. 26

² Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2759, Bogotá, 1995.

³ Oscar Arcos, "Recreación, deporte y tiempo libre", en: Libardo Sarmiento, op. cit., pág. 131 y ss.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-466/92, MP. Ciro Angarita.

salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social, la recreación es considerada una necesidad fundamental del hombre que estimula su capacidad de ascenso, puesto que lo lleva a encontrar agrado y satisfacción en lo que hace y lo rodea. En esta medida puede afirmarse también que la recreación constituye un derecho fundamental conexo con el del libre desarrollo de la personalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias.

En virtud de lo anterior, agrega la Corte Constitucional, es un deber social proporcionar a los colombianos de menores ingresos las posibilidades mínimas de distensión, disfrute y desarrollo integral de sus potencialidades, mediante el otorgamiento de medios y alternativas de recreación. Además, se hace necesario brindar a los sectores populares las oportunidades para lograr una mayor integración, a través de la realización de actividades participativas de tiempo libre. Con ello se lograría estimular la organización de las comunidades, la mutua colaboración de los asociados y la posibilidad de acelerar el desarrollo social, mediante el trabajo y la presión conjunta por soluciones políticas más efectivas.

Según la Corte, la recreación es una actividad inherente al ser humano y necesaria para su desarrollo individual y social. Consiste —en un sentido etimológico— en volver a crear. Es, pues, un quehacer que involucra la capacidad creadora del ser humano y se cristaliza a través de su virtud como productor, como hacedor de su mundo. El hombre en su relación inicial con la naturaleza se enfrenta a una naturaleza ya creada. Para poder

manejar y darle frutos a esta relación el hombre necesita volver a crear. La creación entonces cumple una labor definitiva en la adaptación del hombre a su medio. Pero ¿qué es lo que crea el hombre? El orden del universo que en primera instancia se le presenta como la naturaleza que lo rodea. El personaje humano se convierte entonces con base en una aprehensión de la naturaleza en productor, en creador de un orden que lo ayuda a adaptarse y a evolucionar en su mundo. Una de las manifestaciones más importantes de la recreación es el juego. En él se encuentran incluidos todos los elementos mencionados anteriormente. Se crea un orden determinado en el cual se puede participar como jugador y como espectador. Se imponen, como en cualquier orden, unos límites determinados y unas reglas. A través del juego las personas no sólo recrean un orden sino que aprenden a moverse en ese orden, a adaptarse a él y a respetar sus reglas.

La recreación, por tanto, cumple un papel definitivo en el aprendizaje del individuo como miembro de una sociedad que posee su propio orden. Este papel educativo tiene especial relevancia cuando se trata de personas cuyo desarrollo es todavía muy precario. Así, la mejor manera como puede enseñarse a un niño a socializarse es mediante el juego. Es también mediante la recreación que se aprenden las bases de la comunicación y las relaciones interpersonales.

En el contexto constitucional, es claro que la recreación cumple un papel esencial en la consecución del libre desarrollo de la personalidad dentro de un marco participativo-recreativo

LEGISLACION

Ley 49 de 1993
Ley 65 de 1993, art. 166
Ley 115 de 1994, art. 14
Decreto 1231 de 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-014, T-446,
T-451, T-466, T-610.

1993
C-005, T-129, T-189,
T-252, T-366, T-513.

1994
C-089, C-180, C-336,
T-383, C-408, T-498,
T-550, T-572.

1995
C-070, T-120, T-284,
T-288, T-499, T-550.

1996
C-008, C-099, T-199,
C-625, T-710.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7.d.

Declaración Americana, artículo XV.

Declaración de los Derechos del Niño, principio 4.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 31.

Convenios 14, 52, 101 y 106 de la OIT.

en el cual el individuo revela su dignidad ante sí mismo y ante la sociedad. La manifestación lúdica de la recreación posee una virtud inmensa: la de resolver ansiedades, culpas, frustraciones, etc., canalizándolas a través de la participación del individuo en ella. El hombre moderno sufre diversas tensiones que se traducen en impulsos que la persona busca exteriorizar. Esta es la forma de llevar a cabo la sublimación de ansiedades, culpas y tensiones. La recreación constituye una manera de canalizar estos impulsos en una forma no violenta. En un país como Colombia, concluye la Corte Constitucional, es definitiva la creación de nuevas formas de vida social, no sólo para el alivio de tensiones que conducen hacia las relaciones de violencia sino como núcleo de la producción creativa humana donde debe centrarse el desarrollo del individuo.

En desarrollo del artículo 52 de la Carta Constitucional, la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) revalúa el concepto de aprovechamiento del tiempo libre de los estudiantes, integrándolo como parte del proceso formativo, al reformar el sistema de jornadas a cambio de la jornada única. El retorno a la jornada única ofrece enormes posibilidades para la práctica de actividades extracurriculares, de formación y complementación del desarrollo de la personalidad y la integración social. Como uno de los fines de la Ley de Educación se refiere a la formación para la promoción y preservación de la salud y la higiene, la prevención integral de problemas socialmente relevantes, la educación física, la recreación, el deporte y la utilización adecuada del tiempo libre (artículo 5, numeral 12). La Ley mar-

co del deporte, por su parte, considera los principios de universalidad, participación amplia, comunitaria y ciudadana en actividades recreativas y deportivas, democratización y cohesión social, integración funcional y coordinación entre entidades públicas y organizaciones del deporte asociado. Esta última ley dota al país de unos instrumentos adecuados y necesarios para la regulación del deporte y la recreación masiva -organizaciones a nivel municipal, modernización administrativa y financiera acorde a las exigencias de la descentralización-, con propósitos claramente orientados al mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos⁵.

La política social para el período 1994-1998 en relación con la recreación y el deporte tiene como objetivos fomentar la participación de la población en actividades recreativas y deportivas, promover la participación de la población estudiantil, promover la coordinación entre el Estado y las organizaciones del deporte asociado, promover la organización deportiva y recreativa en el nivel municipal, y modernizar administrativa y financieramente las instituciones del sector.

⁵ Oscar Arcos, op. cit. págs 140-141.

Artículo 53

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con el artículo 1° CP., el Estado social de derecho se funda en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general. En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente dio el carácter de derecho fundamental al trabajo. En el artículo 25 establece que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. El artículo 53 es un desarrollo del artículo 25 que busca una mayor dignidad humana del trabajador y también favorecerlo en sus relaciones laborales.

No obstante, no es esta la situación de la cual goza la mayoría de la fuerza laboral colombiana. En el último cuarto del siglo el desempleo abierto se ha estabilizado relativamente alrededor del 10%, los procesos de cambio técnico en el sector formal de la economía colombiana han tendido a generar proporcionalmente menores puestos de trabajo. En los años setenta por cada punto porcentual de crecimiento en la producción industrial, el empleo aumentaba en 0.52%; en los ochenta cayó a 0.09%, síntoma de que los procesos de producción se vieron más autonomizados ya que en la pasada década se necesitaron menos trabajadores por unidad de producto, tendencia que se mantiene en los años noventa. Simultáneamente, con la disminución del ritmo de absorción del empleo de producción se incrementó la precariedad del trabajo –jornadas de trabajo superiores a la legal, inestabilidad del empleo, ingresos inferiores al salario mínimo establecido por la ley y carencia de seguridad social–.

En el marco de este proceso el empleo temporal pasó de representar el 13.6% de la población ocupada en junio de 1987, al 14.3% en 1990 y en 1992 alcanzó el 21.2%. El subempleo pasó de 14.8% al 16.8%. El empleo informal, por su parte representó durante el período 1984-1992 en promedio cerca del 54% respecto al empleo total. Si bien en el período 1993-1994 el empleo urbano generado registró leves signos de modernización, aún la mitad de la población ocupada labora en condiciones precarias. Para 1994 la tasa promedio de desempleo abierto fue de 8.9% en las siete principales ciudades del país y cerca del 4.8% en las zonas rurales –esto es 435 mil personas en las ciudades y 187 mil en el campo–, el empleo informal representó una tercera parte del empleo total –1.670.000 personas– y el subempleo 16% –810 mil personas–. En 1994 la producción en las grandes empresas industriales creció en un 4% y el empleo total registró una variación negativa de 1.9%, afectando principalmente a los obreros; el empleo temporal ganó participación frente al permanente al aumentar el primero en un 17.6% y el segundo caer en un 3.2%. La flexibilización que introdujo la Ley 50 de 1990 generó una mayor inestabilidad en los puestos de trabajo, los cuales dependen del comportamiento de la coyuntura y de la estructura de la demanda laboral. En 1995 la tasa de desempleo volvió a elevarse al 9.8%. Los salarios mínimos han venido cayendo entre 1990 y 1995 acumulando una caída en el poder adquisitivo en más de 8 puntos porcentuales. En 1995 si bien los salarios mínimos no se deterioraron, tampoco participaron en los beneficios del aumento en la productividad obtenida.

De otra parte, la participación de los empleos con ingresos menores a un salario mínimo aumentó entre 1988 y 1992 del 20.4% al 22.2% en la totalidad del empleo urbano ocupado; en los empleos informales generados por las microempresas los salarios inferiores al mínimo legal pasaron del 21.6% al 25.6%, en los de cuenta propia e informales del 46.5% al 51.3% y los ocupados en el servicio doméstico del 40.5% al 50.8%. En consecuencia la incidencia de la pobreza debida a bajos ingresos ha sido inestable y creciente en la última década. Para 1995 se estima en 53.2% la población en condiciones de pobreza por ingresos, 44% en las cabeceras municipales y 72% en las zonas rurales. Debido a que los empleados formales reciben ingresos significativamente más altos que los informales, los ingresos de los segundos representan sólo el 63% del valor de los primeros. En consecuencia, la pobreza afecta más al grupo social de los trabajadores informales: en el grupo de informales los trabajadores en condiciones de pobreza corresponden aproximadamente al 50%, mientras que en los formales sólo al 36.4%. En síntesis, el panorama laboral en Colombia tiende a hacerse más complejo en los años noventa. El problema a largo plazo, en términos de la estructura social colombiana, consiste en que se puede cristalizar una estructura laboral dual, con un componente moderno, en continuo progreso, presente en sectores altamente competitivos, con la mira en el exterior, y otro de trabajo crudo, proletarizado, informal que, en principio, el sector moderno técnicamente no necesita¹.

¹ Para una ampliación del tema ver: Libardo Sarmiento, "Informalidad, pobreza y procesos urbanos contemporáneos" en: Ana Lucía Sánchez, *Procesos urbanos contemporá-*

Frente a esta situación, los constituyentes promovieron en el artículo 53 la expedición de un nuevo estatuto del trabajo que tuviera en cuenta como principios mínimos fundamentales la igualdad de oportunidades, una remuneración acorde con la dignidad humana, la estabilidad en el empleo, la garantía de la seguridad social, y, en general, el deseo expreso de favorecer al trabajador, protegiendo especialmente a la mujer y al menor de edad.

En el artículo 1 de la Constitución los constituyentes pusieron de presente que el trabajo humano es la base del bienestar social, la fuente principal del desarrollo y el medio de realización personal y espiritual de la persona. Por esta razón este derecho podría ser exigible a la sociedad por parte de cualquier persona y la sociedad tiene el deber de procurárselo.

Se consideró que toda persona tiene derecho a la libre elección de su profesión u oficio. La palabra libertad hace referencia a que el trabajador tiene la facultad de escoger su profesión, su oficio y su actividad; además implica que no se puede realizar ningún convenio que vaya en menoscabo de la libertad del trabajador y de su dignidad. Pero la libertad no es completa en la práctica si no está acompañada del derecho a una remuneración justa que sirva para la subsistencia del trabajador y la de su familia.

neos, Bogotá, Fundación Alejandro Angel Escobar, 1995 y Libardo Sarmiento, "Colombia social frente a la Cumbre de Copenhague" en: *Síntesis 95, Anuario social, político y económico de Colombia*, Bogotá, IEPRI - Tercer Mundo Editores, 1995.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 39, 43, 44, 48, 52, 54 al 57, 64, 93, 94, 123, 150 numeral 19 literales e y f, 333, 334, 366, transitorio 57.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1 (G.C., N°83, pág. 41, col. 1)
Comisión V, artículo 3 (G.C., N°83, pág. 41, col. 2)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 6, col. 3)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 52 y 53 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 17
Comisión V: marzo 20, mayo 7
Comisión conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 6, 10, 14, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 54 de 1987
 Ley 4 de 1992, art. 17
 Ley 31 de 1992, arts. 38 y 39
 Ley 52 de 1993
 Ley 55 de 1993
 Ley 65 de 1993, arts. 79 a 93
 Ley 76 de 1993
 Ley 115 de 1994, art. 115
 Ley 136 de 1994, art. 184
 Ley 142 de 1994, arts. 41 a 44
 Ley 146 de 1994
 Código Sustantivo del Trabajo
 Código Procesal del Trabajo

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-007, T-225,
 T-400, T-406, T-407,
 T-410, T-418, T-426,
 T-427, T-441, T-443,
 T-451, T-457, T-471,
 T-477, C-479, T-491,
 C-546, T-568, C-574,
 C-575, T-610.

1993

T-009, T-111, C-013,
 C-016, C-017, C-056,
 C-062, C-071, C-074,
 C-094, C-097, C-114,
 C-127, T-128, T-238,
 T-243, C-276, C-337,
 T-338, C-345, T-420,
 T-463, C-468, T-472,
 T-484, T-496, C-537,
 C-542, C-555, C-569.

Por ello se estableció que el trabajo, en todas sus modalidades y formas, gozará de la protección del Estado, quien le asegurará condiciones dignas y equitativas para su ejercicio. Que el Estado procure condiciones dignas y equitativas significa que valora al ser humano y rechaza todas aquellas condiciones que atentan contra la dignidad del trabajador, contra su salud y contra la vida en sus actividades laborales.

Esta protección obliga al Estado a establecer una política permanente de empleo y a ofrecer programas de formación y readaptación, y a propiciar la ubicación laboral. El Estado deberá garantizar a los trabajadores igualdad de oportunidades como principio fundamental de su legislación. Con base en este principio se desarrollan nuevos derechos como el trabajo igual, la jornada igual, el salario igual y el tratamiento igual a todos los trabajadores. Además debe velar por el respeto de los derechos humanos de los trabajadores colombianos en el exterior.

El artículo 53 de la Constitución es concordante con las normas internacionales, en particular con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de los convenios internacionales del trabajo. El artículo 23 de la Declaración Universal establece que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” y que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad hu-

mana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Por su parte, los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado, y el reconocimiento al derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La jurisprudencia ha desarrollado la voluntad que tuvieron los constituyentes en relación con los trabajadores. Según la Corte Constitucional², en la Carta de 1991 se observa un significativo cambio de carácter cualitativo en relación con el trabajo. En efecto, es ciertamente un derecho humano (art. 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal (art. 1º). Cuando el constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad. Así se desprende claramente del texto de la propuesta formulada en la Asamblea Constituyente y acogida finalmente por ella, en el sentido de reconocerle en forma expresa al trabajo la categoría del fundamento esencial de la república unitaria.

Según la Corte Constitucional³, la especial protección estatal que la norma

² Corte Constitucional, Sentencia T-222/92, MP. Ciro Angarita.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-479/92, MsPs. José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez.

exige para el trabajo alude a conductas positivas de las autoridades, así como al diseño y desarrollo de políticas macroeconómicas que tengan por objeto fomentarlo y promoverlo, de modo que quienes lo desarrollan –los trabajadores– puedan contar con suficientes oportunidades para acceder a él y con elementos indispensables para derivar de su estable ejercicio el sustento propio y familiar. Pero también implica, al lado del manejo económico, la creación de condiciones normativas adecuadas a los mismos fines, esto es, la previsión de un ordenamiento jurídico apto para la efectiva garantía de estabilidad y justicia en las relaciones entre patronos –oficiales o privados– y trabajadores. En concordancia con lo expuesto, el artículo 53 de la Constitución ordena al Congreso expedir el estatuto del trabajo y tener en cuenta, en la respectiva ley, varios principios mínimos fundamentales –es decir de ineludible consagración y observancia–, entre los cuales se encuentran la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la situación más favorable al trabajador en caso de duda y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Se agrega la posibilidad de transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, lo que a su vez implica la garantía constitucional de que la transacción y la conciliación no podrán referirse a derechos ciertos e indiscutibles como lo son por ejemplo, los de carrera administrativa.

Agrega la Corte Constitucional que estos principios son mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto

necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo y, por tanto, ya hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma –la Constitución–, de tal manera que, aún no estando incluidos los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (art. 85 C.P.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia. Por consiguiente, no es factible argüir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política.

A pesar del mandato establecido en el artículo 53, el Congreso aún no ha expedido el Estatuto del Trabajo. Una iniciativa en este sentido fue presentada por una de las organizaciones de la sociedad civil, la Central Unitaria de Trabajadores, pero fue ignorada por el Congreso. En principio, las dos administraciones que han gobernado en los últimos cinco años no han demostrado interés en reformar la Ley 50 de 1990, que, aunque contraria a los preceptos de un Estado social y democrático de derecho, es más funcional a los principios neoliberales que vienen rigiendo el modelo económico del país. En efecto, como parte de los elementos del modelo de desarrollo neoliberal, la reforma del mercado laboral buscó legitimar y profundizar prácticas de flexibilidad en las relaciones capital-trabajo, que de hecho se habían comenzado a aplicar desde los años ochenta, a fin de superar rigideces institucionales y legales. La política laboral que actualmente regula el mercado de trabajo presenta los si-

1994

C-009, C-022, C-023, C-041, T-044, T-056, T-084, T-098, C-104, C-107, C-179, T-181, T-184, T-220, T-230, T-234, T-258, T-260, T-279, T-286, C-311, T-344, T-347, C-350, C-387, T-392, C-397, C-410, T-456, T-462, T-480, C-496, C-497A, C-498, C-527, C-529, T-553, C-555, C-556, T-564, T-565, T-577.

1995

T-016, T-025, C-051, T-063, T-079, T-102, C-108, C-120, T-136, T-142, T-143, T-144, T-147, T-149, C-153, T-156, C-168, T-173, T-198, T-207, T-209, T-211, C-224, T-227, T-244, C-252, C-262, T-270, T-313, SU-342, T-355, T-356, T-359, C-367, C-394, T-437, T-438, C-445, C-461, C-483, SU-509, SU-510, T-516, C-521, C-522, T-526, T-528, T-571, T-579, T-597, SU-599, T-606, T-613, T-619.

1996

C-004, C-011, C-018, T-023A, T-026, C-037, C-046, T-051, T-065, C-068, C-079, C-081, C-100, T-143, T-146, T-150, T-158, T-161, T-171, C-173, C-190, T-201, T-202, T-210, T-224, SU-256, T-267, C-273, C-279, T-294, T-296, C-308, T-323, T-342, T-373, C-393, T-406, T-418, C-448, T-466, T-468, T-473, T-479, T-514, C-529, C-530, C-562, C-565, SU-569, SU-570, T-571, T-578, C-579, C-580, T-606, C-619, T-638, T-641, T-642, C-658, C-710.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 23.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 8.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7. Declaración Americana, artículo XIV.

Declaración Americana, artículo 26.

Convenios 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 52, 62, 81, 87, 88, 95, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 111, 129, 136, 159, 167 y 170 de la OIT.

guientes ejes rectores: deslaborización del trabajo en la cual éste tiende a no ser regulado por el derecho al trabajo, sino por el derecho civil o administrativo, perdiendo las garantías que el primero le otorga; prevalencia de lo individual en la contratación y la reducción del campo de acción de la contratación colectiva y la representatividad social; reducción del ingreso laboral, que disminuye el valor de las prestaciones sociales y la eliminación de factores salariales para la liquidación de las mismas, eliminación de la doble retroactividad de la cesantía y de los intereses, contratación directa a término fijo, pago único a trabajadores de profesiones liberales y a los vinculados mediante contrato civil; flexibilidad o inestabilidad laboral que estimula la vinculación temporal por medio de los contratos a término fijo, ampliación de las causas de suspensión del contrato, eliminación de la relativa estabilidad derivada de la acción de reintegro y/o pensión, permisividad del despido colectivo, satelización y no unidad de empresa por un período de gracia de diez años; y, deterioro de las posibilidades reales de sindicalización y en consecuencia de la contratación colectiva y la huelga.

En consecuencia, la política social de empleo para el período 1994-1998 no busca transformar el marco legal de relaciones capital-trabajo. El artículo 53 queda en la sala de espera hasta que exista una organización de trabajadores con la fuerza suficiente para incidir legislativamente y la presión política necesaria de la sociedad civil para consolidar en su integridad el Estado social y democrático de derecho. Por ello, la política activa de empleo se orienta, exclusivamente, a

garantizar que el mayor crecimiento y la apertura de la economía se traduzcan efectivamente en un aumento dinámico del empleo. Esta política busca crear oportunidades suficientes de trabajo productivo en condiciones dignas, superar las situaciones precarias de empleo, calificar el recurso humano y mejorar los mecanismos de intervención. Las metas de la política son generar 1.600.000 empleos y mejorar la calidad de los puestos de trabajo⁴.

En cuanto al inciso 3 del artículo 53 relacionado con el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, el gobierno decretó en diciembre de 1995 una reforma de simplificación de trámites administrativos, dentro de los cuales se redujo el tiempo de pago de pensiones y se facilitaron los mecanismos para su cobro.

⁴ Presidencia de la República - Departamento Nacional de Planeación, El Salto Social. Plan Nacional de Desarrollo, Ley de Inversiones, 1994-1998, Bogotá, 1995, pág. 267.

Artículo 54

Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

La globalización e internacionalización de la economía son determinantes del modelo de desarrollo colombiano en la década de los noventa, exigiendo, por tanto, un profundo proceso de reestructuración del aparato productivo y una mayor formación y habilitación profesional y técnica de la fuerza laboral para afrontar los nuevos desafíos. La solución descansa en la difusión de nuevos modelos de organización de los procesos de trabajo y en la aplicación de nuevas tecnologías sociales¹.

Sin embargo, los trabajadores colombianos saben muy poco acerca de las nuevas formas de organización. En el sector empresarial hay gran acuerdo sobre la efectividad y la aplicabilidad de las estrategias de competitividad, de productividad y de calidad, intentando articular esta nueva concepción del proceso de desarrollo económico con una amplia gama de actividades de reproducción como la educación, el reentrenamiento laboral y la capacitación. El sector sindical simplemente no parece tener una respuesta. La modernización de los procesos productivos, en ambientes más competitivos y flexibles, tampoco tienen una respuesta clara.

En efecto, como producto del nuevo modelo de acumulación flexible, sustentado en rápidos y concentrados cambios tecnológicos, las sociedades modernas son cada vez más frag-

mentadas, segmentadas y desintegradas. Una capa privilegiada de trabajadores estables fuertemente ligados a su empresa contrasta con una masa creciente de precarios, interinos, desocupados y “temporeros”. La influencia es aun mayor entre los que cuentan con un empleo asalariado de jornada completa y los que han quedado condenados a trabajos marginados y empleos precarios, los excluidos, los desocupados crónicos, sin nadie que los represente o los defienda, sin portavoces, sin reivindicación que los identifique, arrojados fuera del sistema con la complejidad de todos los actores sociales.

Por ahora los estados tratan de amortiguar el impacto generado por los procesos de innovación, adopción y ajuste tecnológico en la estructura productiva, programando los cambios por rama y reentrenando a los trabajadores —países del Mercado Común Europeo—, o acelerando el cambio a través de las estrategias de apertura y libre comercio, a la vez que dan subsidios al reentrenamiento profesional de la fuerza laboral en tecnologías avanzadas —Estados Unidos—.

La situación contemporánea exige que las sociedades desarrollen estrategias estructurales para enfrentar estos nuevos desafíos, articulando políticas macroeconómicas, procesos de reconversión del aparato productivo, fomento a la libre empresa, políticas de empleo, aumento de las potencialidades y formación integral de los recursos humanos, democratización política y social que permitan una mayor integración y solidaridad social, donde prevalezca el interés general sobre el interés privado.

¹ Este análisis está basado en Miguel Eduardo Cárdenas, “Los trabajadores frente a los derechos sociales, económicos y culturales en la Nueva Constitución”, en Libardo Sarmiento (Compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: Balance y perspectivas*, Bogotá, Consejería Presidencial para la Política Social, 1995.

Con relación a la habilitación profesional y técnica de los trabajadores el artículo 54 de la Constitución establece que ésta es una obligación del Estado y de los trabajadores. Los constituyentes concluyeron que el Estado debería ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran y propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar. Además propusieron incluir aquí el grupo de los minusválidos y que el Estado además tuviera la obligación de propiciar su ubicación laboral de acuerdo con sus condiciones de salud, sin menoscabar su libertad ni su dignidad humana.

Este interés de los constituyentes concuerda con la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 26 establece que la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es más específico al afirmar, en el artículo 6, que para lograr la plena efectividad en el derecho al trabajo deberán adoptarse medidas que promuevan la orientación y formación técnico - profesional.

Según la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional del artículo 54, el derecho al trabajo implica el derecho a obtener un empleo, pero ello no quiere decir, como también se encarga de esclarecerlo la doctrina, que este derecho establezca la prestación y el ofrecimiento necesario del trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo². Si bien el derecho a un puesto de

trabajo no es entendido por la jurisprudencia como un derecho fundamental, eso no implica que este artículo no tenga importante valor normativo. Ciertamente se crea con él una garantía institucional que se convierte en un límite para la acción de los poderes públicos y en particular del legislativo. Este, al diseñar las políticas macroeconómicas y en especial los planes de desarrollo tiene la obligación constitucional de velar por la creación de las condiciones que hagan real y efectivo el mandato del artículo.

Las políticas de empleo del gobierno para el período 1994-1998 se proponen generar 1.600.000 nuevos puestos de trabajo y, conjuntamente, mejorar la calidad del empleo, poner en marcha una ambiciosa política de capacitación laboral y promover una nueva cultura de relaciones obrero-empresariales.

Con relación a la capacitación para el trabajo³, el análisis oficial identifica que los problemas crecientes de desempleo estructural reflejan en gran medida las profundas transformaciones del sector productivo asociado al rápido cambio de las tecnologías y a la mayor competencia que se deriva del nuevo modelo de desarrollo económico. Por ello, se requiere un esfuerzo permanente y creciente de capacitación de recursos humanos, que promueva el cambio técnico y el acceso de los trabajadores a puestos de mejor calidad. Según el gobierno, en Colombia las carencias más importantes en calificación se han identificado en el nivel técnico y tecnológico, así como

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 8, 12, 13, 44, 47, 49, 53, 67.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 41, col.1)

Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 41, col.2)

Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 7, col.1)

Comisión Codificadora, artículo 54 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 8

Comisión V: mayo 7

Comisión conjunta: mayo 9 y 15

Plenaria: junio 10, 18 y 29

² Corte Constitucional. Sentencia T-446/92, MP. Fabio Morón.

³ Departamento Nacional de Planeación, documento CONPES 2778, Bogotá, 1995.

LEGISLACION

Ley 60 de 1993
Ley 115 de 1994, art. 133

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-014, T-225,
T-400, T-407, T-410,
T-418, T-446, T-451,
C-562, T-568, C-606,
T-610.

1993
C-056, C-074, C-097,
T-108, T-372, T-441,
T-597.

1994
C-022, C-049, T-091,
C-147, T-230, C-311,
C-355, T-385, T-404,
C-454, C-555, T-578.

1995
T-115, T-117, T-133,
C-254, T-270, T-340,
T-356, T-371, C-521.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal,
artículo 26.
Pacto Internacional de De-
rechos Económicos, So-
ciales y Culturales, artículo
6 y 13.
Convenio 159 de la OIT.

en el dominio, por parte de los traba-
jadores, de tecnologías transversales
que puedan ser utilizadas en varios
sectores. Por otra parte el sector in-
formal que absorbe casi el 54% de los
ocupados, requiere un apoyo decidi-
do para elevar su productividad y
calidad de vida.

Para mejorar el desempeño y las
condiciones laborales de la fuerza de
trabajo, combatir el desempleo estruc-
tural y contribuir a solucionar los pro-
blemas de competitividad, la política
de empleo del gobierno tiene como
componente fundamental el aumento
de cobertura y el mejoramiento de la
formación profesional, la capacitación
de los jóvenes que ingresan al merca-
do laboral y la recalificación de los
empleados y de los cesantes.

Para afrontar estos retos el go-
bierno colombiano ha establecido
nuevos marcos normativos y reformas
de carácter institucional. En el plan
de apertura educativa se contempló
la respuesta que debería dar la oferta
de mano de obra a los cambios ocu-
pacionales que generan la
internacionalización de la economía
y el avance de la ciencia y la tecnolo-
gía. En relación con el desajuste exis-
tente entre el sistema oficial de for-
mación para el trabajo (manifiesta crisis
institucional del Servicio Nacional de
Aprendizaje, en los politécnicos, e
institutos técnicos, en el campo de la
formación técnica profesional moderna)
y las necesidades de recursos califi-
cados para la reconversión industrial
y la modernización productiva, el Con-
greso de la República expidió la Ley
109 de 1994 que contempla la rees-
tructuración y modernización del SENA,
con servicios como la gestión e
intermediación del empleo, asesoría

empresarial a través de los centros de
formación profesional y servicios tec-
nológicos.

La Ley 119 de 1994 permite la
participación activa por parte de em-
presarios y trabajadores mediante
mecanismos propios de cooperación
que inciden en la orientación y admi-
nistración de la mano de obra,
flexibilizando la capacidad de respuesta
frente a las variaciones en la deman-
da y los cambios y requerimientos del
mercado regional y local de trabajo.
En el área laboral, el SENA ejecuta la
gestión e intermediación laboral a nivel
nacional, para facilitar la vinculación
de personas desocupadas y conocer
las características del mercado de tra-
bajo. Los cursos de formación profe-
sional más relevantes se ubican en las
áreas de informática, comercio, desa-
rrollo empresarial, mecánica automotriz,
construcción, automatización,
microelectrónica y tecnología de pro-
cesamiento de alimentos. Su nueva
orientación está encaminada a
recondicionar sus módulos de forma-
ción y a incursionar en nuevas áreas,
de acuerdo a las exigencias de los nue-
vos prospectos del mercado laboral⁴.

⁴ Gobierno de Colombia, Tercer informe
periódico presentado por el Gobierno de
Colombia al Comité de Derechos Económi-
cos, Sociales y Culturales de la Organización
de las Naciones Unidas, Bogotá, 1994, págs.
69-70.

Artículo 55

*Se garantiza el derecho de
negociación colectiva para
regular las relaciones
laborales, con las
excepciones que señale la
ley.*

*Es deber del Estado
promover la concertación y
los demás medios para la
solución pacífica de los
conflictos colectivos de
trabajo.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 22, 38, 39, 53, 56, 103.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión V, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 1)
Comisión V, artículos 4 y 5 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 2)
Primer Debate, artículo 5 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 55 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 8
Comisión V: marzo 20, mayo 7
Comisión conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 5, 10, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 4 de 1992, art. 9
Ley 136 de 1994, art. 185

La negociación colectiva está garantizada en la Constitución Nacional. El artículo 55 eleva al nivel de disposición constitucional la negociación colectiva, ubicándola como un derecho social, económico y cultural. Además, obliga al Estado a promover la solución pacífica de los conflictos colectivos.

El derecho de negociación colectiva fue consagrado en la legislación laboral colombiana desde hace cerca de 70 años. En realidad, constituye el más señalado medio de actuación de las organizaciones sindicales de trabajadores, con excepción del caso de los empleados públicos. De manera que esta norma se contrae a elevar a canon constitucional un principio ampliamente reconocido en el derecho del trabajo casi desde sus orígenes¹. Además, este derecho se encuentra garantizado en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo 98 y 107.

Los constituyentes tuvieron en consideración que la negociación colectiva hace parte del conjunto de principios fundamentales en materia laboral que ofrece garantías a los trabajadores, dado que las negociaciones individuales los colocan en un plano de inferioridad. La norma no distingue entre trabajadores públicos y privados, establece que se garantiza a los empleadores y trabajadores el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales con las excepciones que señale la ley, de manera que será la ley la que reglamenta cómo se negocian colectivamente los conflictos entre trabajadores del sector oficial y del gobierno. De otra

parte, se planteó que la negociación colectiva se pudiera hacer por ramas de producción y los servicios.

El nuevo tipo de relaciones laborales presupone garantías al derecho de sindicalización, al derecho de negociación colectiva, formas de concertación laboral, una apreciación diferente de los conflictos sociales y la manera de encararlos, y presupone crear mecanismos para que los trabajadores también puedan incidir o fortalecer las organizaciones sindicales.

Al respecto, la jurisprudencia² argumenta que la negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización y está considerada como el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por contrato de trabajo. La negociación colectiva no es entonces un instrumento residual para regular las relaciones laborales, sino el instrumento por antonomasia, que desplaza el sistema de fijación por el Estado de las condiciones de trabajo.

Al proponerse en la Asamblea Nacional Constituyente el mandato constitucional comentado, se ilustró su razón de ser, entre otras, con las consideraciones siguientes: se insiste en la necesidad del diálogo, de la concertación y de los acuerdos como forma de evitar los conflictos laborales y de afianzar un clima de tranquilidad social; el de la negociación colectiva es un derecho y una práctica que se consideró debe hacerse extensiva a todos los trabajadores, incluyendo a los demás empleados públicos, por cuanto es muy negativo que

¹ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit. pág. 157.

² Corte Constitucional, Sentencia C-112/93, MP. Hernando Herrera

a estos trabajadores se les siga dando un tratamiento de ciudadanos de segunda categoría con relación a algunos derechos laborales.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-014, T-407, T-418,
T-446, T-451, T-481,
C-562, T-568, T-597,
T-610.

1993

C-013, C-056, C-074,
C-112, T-552.

1994

C-009, C-110, C-147,
T-230, C-299, C-408,
C-473, C-494, C-529,
C-548.

1995

T-079, C-085, C-128,
T-143, T-209, C-262,
T-270, T-313, C-315,
SU-342, SU-599.

1996

T-201, T-297,
T-468, T-551, SU-569,
SU-570, T-670, C-710.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convenio 98 de la OIT.

Artículo 56

Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

Estrechamente relacionado con el artículo 55 se encuentra el artículo 56 de la Carta Constitucional, que consagra y garantiza el derecho a la huelga, al cual se llega en caso de no lograr un acuerdo en la negociación; con todo se encuentra siempre en el constituyente el deseo de evitar esta situación, ya que en el inciso tercero de la norma establece que una comisión permanente integrada por el gobierno, los representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales y contribuirá a la solución de conflictos colectivos de trabajo.

Este artículo mantiene el criterio de la Constitución anterior, al considerar la huelga como un derecho de los trabajadores –sindicalmente organizados, se entiende–, salvo en los servicios públicos. Pero no todos los servicios públicos, como en el régimen anterior, sino sólo aquellos que la ley, al reglamentar su ejercicio, considere como “esenciales”.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte se comprometieron a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. De igual manera se garantiza el derecho a la huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país (art. 8).

De acuerdo con la jurisprudencia¹ el derecho de huelga se constitu-

ye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente siglo. Se trata de un instrumento legítimo para alcanzar el efectivo reconocimiento de aspiraciones económicas y sociales que garanticen justicia en las relaciones obrero-patronales y un progresivo nivel de dignidad para el trabajador y su familia, cuya consagración constitucional, desde la reforma de 1936, ha representado la más preciosa garantía del ordenamiento positivo para la salvaguarda de los derechos laborales y para el desarrollo de un sistema político genuinamente democrático.

En la Constitución de 1991, agrega la sentencia de la Corte Constitucional citada, el derecho de huelga adquiere aún más relevancia, partiendo del principio inspirador de su Preámbulo, que indica como objetivo central del Estado y de las instituciones el establecimiento de un “marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”; de la definición plasmada en el artículo 1 en el sentido de que la República de Colombia “es un Estado social de derecho (...) fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran ...”; de los fines esenciales hacia los cuales el artículo 2 orienta la actividad del Estado, entre otros la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta y la participación de todos en las decisiones que los afecta; del papel señalado por la misma norma a las autoridades en lo que toca con el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; de la ya anunciada garantía de la asociación sindical como

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-443/92, MP. José Gregorio Hernández.

derecho fundamental (art. 39); y, claro está, del artículo 56 de la Constitución, que dispone sin ambages la garantía del derecho de huelga.

Pero, desde luego, también con arreglo a los principios constitucionales, el derecho de huelga ha de ejercerse dentro del presupuesto del marco jurídico invocado por el Preámbulo, atendiendo a la prevalencia del interés general, como lo estatuye el artículo 1 de la Carta Política y en el entendimiento de que todo derecho tiene deberes correlativos, como con meridiana claridad se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 95 de la Constitución.

De acuerdo con la Corte Constitucional, no se trata, entonces, de un derecho ajeno al sistema jurídico sino, por el contrario, de un instituto definido por preceptos constitucionales y legales dentro de contornos que de tiempo atrás ha subrayado la jurisprudencia, en orden a garantizar, de una parte, la eficaz garantía de su legítimo ejercicio por los trabajadores y de otra, la defensa del interés colectivo, que no puede verse perjudicado por aquel; ambos son derechos constitucionales de clara estirpe democrática que no tienen por qué provocar, con base en desmesuradas concepciones, la ruptura de la norma y la armónica convivencia social. Es en concordancia con este criterio, de ningún modo extraño a las consideraciones del constituyente tanto de 1936 como de 1991, que la Carta Política en vigor determinó la garantía del derecho de huelga como principio general y señaló, por razones de interés colectivo, la salvedad de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, agregando que la ley reglamentará este derecho.

Sin embargo, en Colombia existe una larga tradición antisindical por parte de los empresarios, del Estado y de los sectores más retardatarios y de derecha. Bajo las frecuentes referencias prejuiciadas del carácter subversivo de movimientos huelguísticos y de protesta económica, han impedido el desarrollo de una cultura sindical y con una estrategia de guerra sucia han impedido su consolidación. De hecho, la tasa de sindicalización de Colombia es de las más bajas en América Latina: menos del 8% respecto al total de la fuerza laboral, con tendencia a decrecer en razón a la flexibilización e inestabilidad laboral que generó la Ley 50 de 1990.

Las estrategias empresariales de debilitamiento y bloqueo de la existencia de sindicatos se manifiestan en²:

- a. La mayor parte de los ceses de actividades imputables al patrono, como el no pago oportuno de los sueldos y las violaciones flagrantes a las convenciones colectivas, son ilegales. Muchos son los despidos por causa de sus actividades sindicales. Entre 1986, año de la fundación de la Central Unitaria de los Trabajadores -CUT- y 1994, más de mil sindicalistas han sido asesinados, y más de cien han desaparecido.
- b. Los fallos de la justicia laboral desfavorables a los trabajadores muestran índices cada vez más altos. Las restricciones legales al derecho de huelga hacen que menos del 30% de los trabajadores sindicalizados puedan ejercer este

² Basado en Miguel Eduardo Cárdenas, op. cit. pág. 244.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 53, 55, 103, 365, transitorio 20, transitorio 57.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 18

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 2)
Comisión V, artículo 12 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 3)
Primer Debate, artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 56 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 8
Comisión V: marzo 20, mayo 7
Comisión conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 10, 18, 23 y 29

LEGISLACION

Ley 31 de 1992, art. 39
Ley 137 de 1994, art. 38
Ley 142 de 1994, art. 4

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-014, T-407, T-443,
T-446, T-451, T-481,
T-540, C-562, T-568,
T-610.

1993

C-056, C-074, C-112,
T-234, T-304, T-406.

1994

C-009, C-110, C-147,
C-179, T-230, T-345,
C-408, C-473, C-521,
C-548, T-579.

1995

C-085, T-143, T-209,
C-262, T-270, SU-342,
C-397, C-450, C-521.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de De-
rechos Económicos, Socia-
les y Culturales, artículo
8.1.d.

derecho, y ello con grandes limi-
taciones.

- c. Más de la mitad de las conven-
ciones colectivas de trabajo se vio-
lan flagrantemente. Los pactos co-
lectivos, que cierran la vía a la
existencia de los sindicatos, fue-
ron en los últimos años casi la
mitad de las negociaciones colec-
tivas efectuadas. Menos de la
quinta parte de las empresas con
registro mercantil cumplen las nor-
mas legales de ley como salarios
mínimos, horas extras, cotizacio-
nes al ISS, etc., de acuerdo con
investigaciones adelantadas en la
materia.

A lo anterior se debe agregar las
consecuencias que para el sindicalis-
mo resultan de los cambios tecnoló-
gicos. Se ha comprobado cómo la
reestructuración de las plantas y la
desconcentración de las cadenas pro-
ductivas afecta la acción organizativa
de los trabajadores al hacer más dis-
perso el proceso de trabajo.

Frente a esta violación flagrante
a los derechos de los trabajadores en
Colombia, el Comité de Derechos
Económicos, Sociales y Culturales de
las Naciones Unidas expresó el 12 de
diciembre de 1995 su seria preocupa-
ción “por la violación del derecho de
muchos trabajadores de formar y aso-
ciarse a sindicatos y a participar en
negociaciones colectivas y acciones
huelguísticas. El Comité considera que
las restricciones establecidas por la ley
sobre el derecho a la huelga son de-
masiado amplias y no pueden justifi-
carse por razones de seguridad na-
cional y orden público. El Comité la-
menta que la actual comisión tripartita
para el desarrollo sindical no tenga

un mandato para considerar estos gra-
ves asuntos”.

Con motivo del tercer informe
periódico presentado por el Gobier-
no colombiano, el Comité recomen-
dó “que el Gobierno colombiano adop-
te todas las medidas necesarias para
poner a tono, en la práctica, su legis-
lación sobre libertad sindical y nego-
ciación colectiva con sus obligacio-
nes internacionales en este respecto”.

Artículo 57

*La ley podrá establecer los
estímulos y los medios para
que los trabajadores
participen en la gestión de
las empresas.*

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 53, 60, 334, 366.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 6 (G.C., N° 83, pág. 41, col. 2)
Primer Debate, artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 7, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 57 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 8
Comisión V: marzo 20
Comisión conjunta: mayo 9 y 15
Plenaria: junio 10, 18 y 29

Los constituyentes de 1991 estuvieron motivados por ampliar las garantías democráticas en Colombia. En el artículo 1 la democracia es parte constitutiva y fundamental del Estado social de derecho. La tradición democrática de Colombia ha estado relacionada exclusivamente con la política y la forma representativa. La democracia social y económica ha sido inexistente. El régimen oligárquico, patrimonialista y elitista que ha dominado la mayor parte de la historia nacional descansa en una alta concentración de la propiedad agraria, accionaria, de los bienes de capital y de los medios de comunicación; ha desplegado prácticas autoritarias, jerárquicas, y excluyentes en su ejercicio monopólico, violento e intransigente del poder que se han irrigado en todos los ámbitos públicos y privados, en la familia, en las aulas escolares, en los estamentos religiosos y militares, en el ejercicio del gobierno y en el interior de las empresas económicas.

Por ello, el interés de los constituyentes con la norma 57 es el de democratizar la propiedad, promoviendo una relación menos vertical entre el capital y el trabajo en las unidades productivas. Pero además esta norma está en armonía con las modernas tendencias en los estilos de gestión, en cuanto promueven relaciones menos piramidales y más horizontales. En las empresas modernas las relaciones laborales y productivas permiten una mayor autonomía del trabajador en el seno de un equipo polivalente, que sabe tomar iniciativas y desea cooperar con sus compañeros de trabajo en un ambiente de participación y respeto humano.

Una gestión democrática está relacionada con el proceso que articula estratégicamente las acciones de una empresa, su misión y objetivos, de acuerdo con prioridades fijadas democráticamente con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación democrática, las acciones reflejadas en el presupuesto y las relaciones sociales en el proceso productivo, al igual que en un principio de equidad en la distribución de los excedentes económicos.

Un Estado social y democrático de derecho deberá en consecuencia consolidar un proyecto de sociedad en el cual los trabajadores puedan ser propietarios de sus empresas respectivas y, a la vez, promover que la gestión de estas empresas se haga de manera democrática y con un objetivo solidario y con prevalencia del interés general.

La democratización, según la Carta Constitucional de 1991, constituye una estrategia del Estado social y democrático de derecho en desarrollo de la cual se busca facilitar el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias a la propiedad. Como resultado de tal estrategia, tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333) y, de contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-037/94, MP. Antonio Barrera.

No obstante, el artículo 57 es una norma de carácter programático, pues queda al arbitrio del legislador establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.

LEGISLACION**JURISPRUDENCIA****CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-014, T-446, T-451,
T-610.

1994

C-037, C-089, C-180,
C-211, T-230, T-461,
T-462.

1995

T-270.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Artículo 58

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

*Con todo, el legislador, por
razones de equidad, podrá
determinar los casos en
que no haya lugar al pago
de indemnización,
mediante el voto favorable
de la mayoría absoluta de
los miembros de una y otra
Cámara.*

*Las razones de equidad,
así como los motivos de
utilidad pública o de
interés social, invocados
por el legislador, no serán
controvertibles
judicialmente.*

Uno de los factores asociados con la violencia en Colombia es la característica de ser una sociedad altamente jerarquizada y desigual que ha llegado a desarrollar una "ética de la desigualdad". Una ética de la desigualdad es, por definición, autodestructiva: se justifica por un principio de autocracia despótica¹. Esta característica se une, a la vez, a la debilidad e ilegitimidad de los derechos de propiedad en Colombia. Según Francisco Thoumi², a lo largo de la historia colombiana los derechos de propiedad han estado siempre asociados a privilegios, captura de rentas, suerte, engaños, audacia, astucia, corrupción y otros factores semejantes que han sido percibidos como injustos por una proporción cada vez mayor de los colombianos, dificultando su legitimación social.

Encontramos así en Colombia un complejo fenómeno social en el cual confluyen un permanente crecimiento de los ingresos *per capita*, elevación rápida de las expectativas, liberación de las conductas adaptativas, insatisfacción de necesidades, ilegitimidad en la propiedad y en los mecanismos de obtención del ingreso generando múltiples violencias que se retroalimentan entre sí. La consecuencia más inmediata es la pérdida en la legitimidad política de los gobiernos, precariedad en los consensos sociales y desintegración comunitaria.

¹ Salomón Kalmanovitz, *La encrucijada de la sinrazón*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1989, pág. 58.

² Francisco Thoumi, *Derechos de propiedad en Colombia: debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas*, Bogotá, Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes, 1995.

Francisco Thoumi profundiza en esta tesis:

"el país pasó de ser una colección de regiones bastante aisladas a formar un mercado nacional bastante integrado con fuertes lazos comerciales con el resto del mundo. Los rápidos cambios sociales dentro de un entorno dominado por la ética de la desigualdad produjeron una sociedad muy hostil. El viejo sistema de valores perdió su legitimidad pero no fue reemplazado por otro moderno e igualitario. El nuevo sistema es un híbrido en el que no se pueden desarrollar mecanismos de control internalizados en las personas contra los excesos del individualismo. Por un lado, la mayoría de los colombianos rechazaron el antiguo orden, y el estatus social adscrito cuando este era bajo; por el otro, debido a la ética de la desigualdad, no consideraron realista una sociedad igualitaria. La interacción de estos dos factores resultó en una tendencia compartida por la mayoría de los colombianos a tratar de escalar la pirámide social sin reparar en las consecuencias de sus acciones sobre el resto de la sociedad. Un resultado de este proceso ha sido la brecha creciente entre las leyes y reglamentos formales de la sociedad y el comportamiento aceptado socialmente. Se ha creado una distancia tan grande entre los comportamientos *de jure* y *de facto* (...) esto ha producido un comportamiento depredador y una búsqueda de rentas económicas ampliamente difundidos. (...) Dicho comportamiento ha sido validado por la pérdida de legiti-

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 57, 59, 60, 64, 329, 333, 334, 366, transitorio 55.

ANTECEDENTES

Constitución de 1886:

Artículo 30

Asamblea Nacional Constituyente:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 2)
Comisión V, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 40, col. 2)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 59 (G.C., N° 113, pág. 4)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8
Comisión V: abril 16, 17, 18, 19, 22 y 23
Comisión Conjunta: abril 24 y 30
Plenaria: junio 10, 14, 29 y 30
Comisión Codificadora: junio 17 y 19

LEGISLACION

Ley 4 de 1992, art. 10
 Ley 5 de 1992, art. 119
 Ley 23 de 1992
 Ley 26 de 1992
 Ley 29 de 1992
 Ley 31 de 1992, art. 62
 Ley 33 de 1992
 Ley 41 de 1993, arts. 6 y 7
 Ley 44 de 1993
 Ley 65 de 1993, art. 33
 Ley 70 de 1993
 Ley 99 de 1993, arts. 107 a 111
 Ley 104 de 1993, arts. 128 a 133
 Ley 105 de 1993, arts. 35, 65 y 66
 Ley 142 de 1994, arts. 11, 56, 57, 116 a 120 y 135
 Ley 160 de 1994, arts. 52 a 64
 Ley 161 de 1994, art. 20
 Ley 178 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-015, T-220, T-411,
 T-419, T-441, T-451,
 T-460, T-463, C-479,
 T-488, T-494, T-506,
 T-528, T-530, T-532,
 T-536, C-546, T-551,
 T-554, T-566, T-568,
 C-575, T-605, C-606,
 T-611.

1993

C-006, T-011, C-013,
 C-015, C-017, C-027,
 T-028, C-031, C-066,
 C-074, C-075, C-076,
 T-090, C-095, C-097,
 T-109, C-112, C-127,
 C-136, T-139, C-149,
 T-156, C-169, T-174,

midad de las distribuciones de ingresos y riqueza existentes, así como de los derechos de propiedad. A esto puede agregarse un sistema político que acepta y confirma la desigualdad en la sociedad”.

Tal vez por ello, los constituyentes quisieron que en la Carta quedara explícitamente garantizada la propiedad privada, aunque con un amplio marco de responsabilidades que le determinan una función social y ecológica. Esta norma establece en el inciso 1 que el interés privado deberá ceder ante el interés público social, y en el segundo define a la propiedad como una función social que implica obligaciones y a la que le es inherente una función ecológica. En el artículo 333 la Carta reitera que “la empresa como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones”.

En el contexto del capitalismo contemporáneo, la propiedad es un sistema de ordenamiento económico para crear riqueza y de extenderla en bien de toda la sociedad. Es una forma de organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico. Por esta razón, debe ser protegida y garantizada junto con los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles³.

En un contexto más amplio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en el artículo 17 que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”.

³ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág. 159.

El derecho a la propiedad es un derecho real. Es decir, una relación entre la persona y un bien que puede ser corporal o incorporeal, para gozar y disponer de ese bien no siendo ni contra la ley ni contra el derecho ajeno. El tratamiento jurídico de la propiedad tiene origen en el derecho romano, un derecho fundamentalmente individualista que entendía al hombre en la sociedad como poseedor de derechos naturales, entre ellos el de la propiedad.

En la Asamblea Nacional Constituyente se argumentó que la Constitución colombiana garantiza la propiedad dentro de la órbita del capitalismo con la influencia y el marco conceptual y político de un Estado social y democrático de derecho. Al definirle una función social, la propiedad opera como fundamento de la sociedad civil. En consecuencia, la función social de la propiedad no se reduce a los llamados dueños del capital, como propietarios que son, sino que encierra una relación de solidaridad; legitima la expropiación cuando el interés social lo exige, aún sin indemnización; permite la participación de todos en los frutos recogidos y no discrimina derechos de acuerdo con las riquezas. Una función social inherente a la propiedad es su responsabilidad ecológica.

De acuerdo con la jurisprudencia, la propiedad privada goza de los privilegios que le otorgan el Estado y sus instituciones, amparo a la propiedad que no puede ser menoscabado, violado o vulnerado por leyes posteriores. Luego la propiedad legítimamente constituida tiene todas las prerrogativas legales y está protegida por este ordenamiento constitucional. Pero

esa propiedad, aun así concebida, tiene un límite: cuando ella entra en conflicto con el interés público, aquélla deberá ceder en favor del interés de la colectividad. Porque la propiedad en ningún momento debe cumplir fines ególatras o exclusivistas para quien la posee, sino que está encaminada a satisfacer necesidades de interés común o social. De ahí que la Constitución establezca que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”⁴.

La propiedad privada no constituye, por sí misma, un derecho fundamental. No obstante, en el evento en que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dicho en otros términos, la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”⁵.

El constituyente de 1991 elevó a rango constitucional las formas asociativas y la propiedad solidaria y consagró como deber del Estado el de facilitar a los trabajadores el acceso a la propiedad. Estas orientaciones se concretan en el artículo 58 de

la Carta, donde no sólo se consagra y garantiza la propiedad privada, sino que se establece la obligación del Estado de proteger las formas asociativas y solidarias de propiedad. Esta promoción tiene que traducirse en oportunidades y mecanismos particularmente favorables que permitan la constitución y el crecimiento de esa modalidad de propiedad, típica de un Estado social y democrático de derecho.

Las formas asociativas y solidarias de propiedad son aquellas que crean las personas en forma colectiva para acceder a bienes y servicios o para producirlos en beneficio del interés común, traduciéndose en el mejoramiento directo de su calidad de vida. Se trata de modalidades del derecho mismo de propiedad privada.

La Asamblea Nacional Constituyente definió la propiedad solidaria como una propiedad no individual sino colectiva, no determinada exclusivamente por el ánimo de lucro, sino que funciona alrededor de la idea de crear condiciones de vida para los asociados, a través de la distribución de productos y la creación de posibilidades de empleo. Este tipo de propiedad, en el pensamiento de los constituyentes, debe ser eficaz para crear condiciones de desarrollo, para producir bienestar y estabilidad social.

Al considerar el tema de la expropiación, los constituyentes argumentaron que ésta tiene que estar en función de la utilidad pública y del bienestar general, del bien común, del interés social y por lo tanto de ninguna manera puede ocasionar daño a la comunidad. Precisamente por esta última condición de no causar daño, el término de indemnización en caso

T-188, T-199, T-240, T-257, T-269, C-268, T-278, T-291, C-295, T-308, C-334, C-364, T-380, T-381, T-396, T-405, T-422, T-434, C-467, C-489, T-501, T-511, T-536, C-542, C-544, C-545, C-555.

1994

C-012, T-025, C-040, T-053, C-058, C-069, C-104, C-107, T-125, T-135, C-148, T-162, T-177, C-200, T-203, T-210, C-211, C-213, T-219, C-221, C-223, T-227, T-233, C-250, T-253, T-256, T-260, T-284, T-294, T-296, T-301, C-311, C-335, T-344, C-360, C-367, T-383, C-387, T-398, T-419, C-424, C-428, T-439, T-448, T-456, T-458, T-461, C-473, C-474, T-483, T-498, T-499, T-518, C-519, C-520, T-534, C-561, T-572, T-574.

1995

T-025, T-048, C-106, T-111, T-142, T-149, T-150, T-156, C-168, C-178, T-189, T-226, T-240, C-262, T-270, T-271, T-276, T-287, C-296, C-305, T-313, C-328, C-352, T-355, T-359, T-379, T-440, T-455, T-456, C-489, T-516, C-531, C-589, C-595, T-601.

1996

C-070, T-087, C-097, C-118, T-146, C-154, C-187, C-250, C-251, T-259, T-268, C-273, C-275, C-276, C-342, C-358, T-374, C-379, T-477, C-531, C-660, T-703, C-710.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-547/92, MP. Alejandro Martínez.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-506/92, MP. Ciro Angarita.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 17.
Convención Americana, artículo 21.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículos 13 y 14.

de expropiación no es adecuado; cuando se obra en función del bien general no se hace daño. Por tanto no se deberá garantizar una indemnización o reparo sino una compensación. Deben ser comensadas las personas cuando, por las exigencias del bien común o de utilidad pública, se les priva de su propiedad.

La norma introduce el concepto de expropiación por vía administrativa. Esto es, la decisión de expropiar puede ser tomada por la administración y no por los jueces. Establece, además, que las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

Según la Corte Constitucional⁶, en algunas oportunidades el proceso de expropiación regulado en el Código de Procedimiento Civil resultaba demasiado dispendioso y prolongado. Para remediar esta situación, y para incorporar una figura jurídica bastante probada en el derecho comparado, se estableció en la Constitución de 1991 un nuevo mecanismo desconocido en nuestro régimen que, según lo advierte el propio constituyente, permitirá agilizar y hacer más efectivo el trámite de expropiación, en busca de la realización del compromiso social adquirido por la Carta Política. De esta manera se da la posibilidad de que ésta se adelante por la vía administrativa, previa la definición legal de los casos en los que procede y del procedimiento administrativo que corresponda, bajo las reglas constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa.

El que la expropiación se tramite por la vía administrativa no significa una exclusión del control judicial sobre la actuación de las autoridades competentes, pues, en primer lugar, en ningún momento se pretende omitir la indemnización previa, y por otra, las actuaciones y decisiones que se tomen por las autoridades gubernamentales son objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, mediante el ejercicio de acciones para controvertir la legalidad del acto que decreta la expropiación, inclusive sobre el precio del bien.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-370/94, MP. Fabio Morón.

Artículo 59

*En caso de guerra y sólo
para atender a sus
requerimientos, la
necesidad de una
expropiación podrá ser
decretada por el Gobierno
Nacional sin previa
indemnización.*

*En el expresado caso, la
propiedad inmueble sólo
podrá ser temporalmente
ocupada, para atender a
las necesidades de la
guerra, o para destinar a
ella sus productos.*

*El Estado será siempre
responsable por las
expropiaciones que el
Gobierno haga por sí o por
medio de sus agentes.*

De acuerdo con el debate suscitado por esta norma en la Asamblea Nacional Constituyente, cuando se trate de guerra exterior el ejército podrá servirse de los bienes de los particulares, bien ocupando temporalmente su propiedad o expropiándola con la obligación del Estado de indemnizar posteriormente.

Cuando se expropia, se traslada la propiedad de un individuo al Estado, pero no siempre hay ocupación con expropiación, pues en este último caso la propiedad hay que devolverla. Los bienes muebles deberán ser objeto de expropiación, por cuanto están sujetos al deterioro o al consumo; los bienes inmuebles deben ser exclusivamente objeto de ocupación temporal, para ser restituidos una vez se solucione el conflicto.

Limitaciones a esta posibilidad de ocupación y expropiación se encuentran consagradas entre otros, en los artículos 33 y 35 del Convenio I de Ginebra, y en el artículo 54 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

Esta norma es concordante con el artículo 33 de la Constitución de 1886, con las siguientes diferencias: ahora la expropiación en caso de guerra procede no para atender el restablecimiento del “orden público”, sino para “atender sus requerimientos”, lo cual es mucho más amplio; se prevé que en esta circunstancia sea sólo el gobierno nacional y no las autoridades que no pertenezcan al orden judicial, como antes rezaba la norma, quienes puedan expropiar.

De acuerdo con la Corte Constitucional¹, sólo hay dos casos en los

cuales la expropiación puede darse sin indemnización previa. En primer lugar cuando ésta ha sido aprobada por mayoría absoluta tanto en el Senado como en la Cámara. En este caso, el sancionado con la medida de la expropiación no puede alegar o controvertir judicialmente las razones invocadas por el legislador, pues existen razones de equidad. Cuando el Estado se encuentre en guerra, y sólo para atender los gastos que genere la guerra, también puede darse la expropiación sin la indemnización previa.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-537/94, MP. Simón Rodríguez.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 22, 58, 90, 97, 173 n.5, 189 n.5, 212, 214.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 33

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 3)
Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 40, col. 2)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 60 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión V: abril 16, 17, 18, 19, 22 y 23.
Comisión conjunta: abril 30
Plenaria: junio 10, 14, y 29

LEGISLACION

Ley 130 de 1994, art. 26

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-537.

1993

C-006, C-066, T-434.

1994

C-153, C-179, T-284, T-301, C-424.

1995

C-106, C-178.

1996

T-313, T-651.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convenio I de Ginebra: artículos 33 y 35.
Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra; artículo 54.

Artículo 60

El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

La promoción del acceso a la propiedad supone la democratización de la misma. Uno de los requisitos básicos para alcanzar los fines de un Estado social y democrático de derecho –como son la justicia, la solidaridad e igualdad social, la prevalencia del interés general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes– consiste en que el Estado promueva la participación de diversos sectores en el capital social y, en general, en el acceso a los medios de producción.

En efecto, para los constituyentes la apertura democrática de la economía implica dar acceso a todos a la propiedad. En el caso particular de la enajenación de la participación del Estado en una empresa, con el interés de democratizar la titularidad de sus acciones los constituyentes buscaron que la reforma constitucional asegurara el principio de igualdad entre los colombianos. En consecuencia, no es dable privilegiar a un pequeño grupo de trabajadores cuando se trata de enajenar la participación que el Estado tenga en una empresa. Nadie duda de la importancia de democratizar la propiedad de dichas empresas, pero tal proceso implica justamente, por esencia, igualdad de oportunidades y no privilegios. Por tal motivo se debería orientar la enajenación a organizaciones solidarias y de trabajadores en general y no sólo a algunas de ellas en particular.

Según la Corte Constitucional¹, el artículo 60 de la Carta obliga al Estado a promover el acceso a la propiedad, con el fin de democratizarla y de

evitar la concentración de la riqueza y de los ingresos que están en el origen de los grandes monopolios.

Según la jurisprudencia², en modo alguno la Constitución Política entroniza la socialización de la propiedad; simplemente promueve, protege y estimula las formas asociativas y solidarias de propiedad, las cuales concurren y contribuyen, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, al desarrollo económico del país.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-537/92, MP. Simón Rodríguez.

² Corte Constitucional, Sentencia C-037/94, MP. Antonio Barrera.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 37, 57, 58, 64, 334, 366.

LEGISLACION

Ley 35 de 1993, arts. 25 a 32
Ley 160 de 1994.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 3)
Comisión V, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 40, col. 2)
Primer Debate, artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 61 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión V: abril 16, 17, 18, 22 y 23
Comisión conjunta: abril 30
Plenaria: junio 10, 14, y 29
Comisión Codificadora: junio 19

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T537.

1993

C-006, C-074, T-526.

1994

C-022, C-037, C-089, C-180, C-211, C-265, C-311, C-335, C-380, C-389, C-415, C-428, T-461, T-462, C-473, C-474, C-511, C-561.

1995

C-028, C-106, T-111, C-397, C-452, C-595, C-596.

1996

C-342, C-343, C-391, C-392, C-632.

Artículo 61

*El Estado protegerá la
propiedad intelectual por
el tiempo y mediante las
formalidades que
establezca la ley.*

Los constituyentes adujeron para establecer esta norma que el Organismo Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, define la propiedad intelectual de tal manera que esta cobija la propiedad industrial, los derechos de autor literarios, artísticos y científicos, los derechos conexos de los artistas, intérpretes de radio y televisión, los desarrollos biotecnológicos de especies vegetales, etc. Por tanto, para no eliminar la protección a ninguna modalidad de trabajo intelectual, los constituyentes expresaron que se debería establecer en la norma la protección a la propiedad intelectual en general, permitiendo a la ley regular adecuadamente los aspectos patrimonial y moral¹.

ducciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.

Esta perspectiva es desarrollada por la jurisprudencia², según la cual todas las formas de propiedad están protegidas constitucionalmente. La propiedad intelectual, la creatividad del hombre, la producción literaria, artística, económica, científica, investigativa, en fin todas aquellas manifestaciones culturales que distinguen al ser humano de las demás especies de la creación gozan de especial protección del Estado. La propiedad intelectual viene a ser, al fin de cuentas, la más arraigada al hombre porque lo identifica con su propia personalidad y porque hace parte de los bienes intrínsecos de cada quien o de los dones naturales propios de cada ser humano.

El Código Civil Colombiano prevé, en su artículo 671, que las pro-

¹ Carlos Lleras de la Fuente., op. cit., pág. 164

² Corte Constitucional, Sentencia T-537/92, MP. Simón Rodríguez.

CONCORDANCIAS

Artículos 20, 58, 150 n. 24,
189 n. 27, 333.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 35

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C.,
Nº 83, pág. 4, col. 3)
Primer Debate, artículo 5
(G.C., Nº 109, pág. 5, col. 2)
Comisión Codificadora, ar-
tículo 62 (G.C., Nº 113, pág.
5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8.
Comisión V: abril 17 y 23
Comisión conjunta: abril 30
Plenaria: junio 10, 14, y 29
Comisión Codificadora: ju-
nio 19

LEGISLACION

Decreto 1983 de 1991
Ley 23 de 1992
Ley 44 de 1993
Ley 98 de 1993, arts. 24 a
34
Ley 151 de 1994
Ley 178 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-537.

1993
C-006, C-095, C-144,
T-172, T-269, C-334,
C-337, C-466, C-489,
C-533.

1994
C-040, C-265.

1995
C-106, C-178.

1996
C-002, T-108, C-137,
C-262, C-276.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convenio de Ginebra para
la Protección de Productores
de Fonogramas.
Tratado de Ginebra sobre
el Registro Internacional de
Obras Audiovisuales.
Convenio de Berna para la
Protección de Obras Lite-
rarias y Artísticas.

Artículo 62

El destino de las donaciones intervivos o testamentarias, hechas conforme a la ley para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador, a menos que el objeto de la donación desaparezca. En este caso, la ley asignará el patrimonio respectivo a un fin similar.

El Gobierno fiscalizará el manejo y la inversión de tales donaciones.

Los constituyentes han querido garantizar con este artículo que el objetivo de las donaciones intervivos o testamentarias que destinen un patrimonio a la solución de problemas de carácter social no pueda ser variado ni modificado por el legislador. El gobierno deberá fiscalizar el manejo y la inversión de tales donaciones. Si el motivo de la donación desaparece, el gobierno tendrá la facultad de destinar esos bienes a la solución de un interés social similar a aquel que ocupó la voluntad de quien hizo la donación.

En consecuencia, la protección de las donaciones intervivos o testamentarias es un corolario del respeto y protección que la Carta otorga a dos principios básicos del Estado liberal: la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad. Al mismo tiempo la garantía de la invariabilidad de las donaciones con fines sociales propende por asegurar el desarrollo de los objetivos propios del Estado social. Es éste uno de los casos en que la propiedad cumple efectivamente con su función social.

CONCORDANCIAS

Artículos 58, 189 n. 26.

LEGISLACION

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 36.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C.,
Nº 83, pág. 4, col. 3)
Comisión V, artículo 4
(G.C., Nº 83, pág. 40, col. 2)
Primer Debate, artículo 4
(G.C., Nº 109, pág. 5, col. 2)
Comisión Codificadora, ar-
tículo 63 (G.C., Nº 113, pág.
5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8
Comisión V: abril 23
Comisión conjunta: abril 30
Plenaria: junio 14, y 29
Comisión Codificadora:
junio 19.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1994
C-367.

1995
T-049, C-106, C-178.

1996
C-527, C-660.

Artículo 63

*Los bienes de uso público,
los parques naturales, las
tierras comunales de
grupos étnicos, las tierras
de resguardo, el
patrimonio arqueológico
de la Nación y los demás
bienes que determine la
ley, son inalienables,
imprescriptibles e
inembargables.*

Los constituyentes establecieron en esta norma el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico y los demás que determine la ley.

Esta norma es bastante polémica en su interpretación en el caso particular de su referencia a las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo. En efecto, la Carta constitucional hace eco del ideario de la modernidad al fundamentarse en la dignidad intrínseca de cada ser humano del cual hace parte la igualdad -política, social y económica- y la libertad, entendida como autonomía del individuo. Hegel afirma que toda la historia no es otra cosa que una constante evolución del concepto de la libertad¹. Dentro del discurso filosófico de la modernidad Castoriadis reinterpreta la libertad como autonomía. En consecuencia, toda praxis emancipatoria tiene por meta el fomento de la autonomía de la que al propio tiempo nace. La característica de la praxis en la conciencia moderna es dirigirse siempre al otro como ser autónomo. Nadie puede querer seriamente la autonomía sin quererla para todos. En consecuencia todo proyecto de transformación de la sociedad orientada a la autonomía de todos y mediante la acción autónoma de todos deberá fundamentarse en una política emancipatoria².

¹ G.F.W., Hegel, *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1976, pág. 459.

² Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria de la sociedad*, París, Editorial Claridad, 1975, pág. 388.

Con base en esta doctrina de la modernidad es compleja la lectura que pueda hacerse del artículo 63. De una parte, intérpretes de la Constitución de 1991 señalan que en esta norma no se consagra un derecho en el sentido habitual de la expresión, sino más propiamente una garantía institucional, una protección constitucional de determinados bienes, inspirada en distintas razones de interés público, cultural, ecológico, de protección de minorías y de protección del dominio público.

Según la interpretación que hace el exconstituyente Carlos Lleras de la Fuente³, la protección constitucionalmente extendida a todos estos bienes consiste en que quedan sustraídos del tráfico propio de la actividad económica ordinaria. Son inalienables, es decir, están fuera del comercio o no son susceptibles de ningún acto de disposición sobre su propiedad o dominio. Es de observar que la inalienabilidad de los bienes, si bien protege la integridad del patrimonio de una comunidad, implica por otra parte un sacrificio importante de sus derechos económicos, pues el propietario comunal no puede vender, ni arrendar, ni hipotecar, ni ejercer sobre su propiedad muchos otros actos de dueño que le permitan derivar del bien raíz beneficios económicos. Las tierras que los "grupos étnicos" y los indígenas poseen en común quedan por esta razón congeladas en aras de un proteccionismo dudosamente ventajoso para sus beneficiarios y de inocultable faz paternalista. El que sean imprescriptibles significa que la propiedad de estos bienes no se extin-

³ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., págs. 166-167

que para su titular por la posesión continuada de un tercero durante el tiempo y las condiciones que la ley señala para la prescripción adquisitiva. Estos bienes son, además, inembargables, es decir, no pueden ser ocupados o intervenidos en virtud de mandato judicial. Como puede apreciarse, esta norma rodea la propiedad que regula de protecciones de distinto tipo: frente a la ley –porque la garantía es de rango institucional–, frente a los actos judiciales –inembargabilidad–, frente a los actos de terceros –imprescriptibilidad– y aún frente a sus mismos titulares –prohibición de enajenar–.

Sin embargo, frente a la conciencia modernista, el tema de la diversidad étnica y cultural debe ser discutido, interpretado y desarrollado en el marco de una comprensión integral de la Constitución, la ley y los tratados internacionales que sobre la materia existen, muchos de los cuales han sido firmados y ratificados por el gobierno colombiano. La historia y la especificidad de la sociedad colombiana son, igualmente, elementos imprescindibles en la interpretación de las normas constitucionales.

Así, por ejemplo, en relación con los grupos étnicos el Convenio 169 de la OIT, aprobado por el Congreso colombiano mediante la Ley 21 de 1991, establece que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionales reconocidos”.

El artículo 63 también requiere para su interpretación del reconoci-

miento de la larga historia de resistencia y de relaciones complejas mantenidas entre los diferentes grupos étnicos –en particular las comunidades indígenas, negras raizales y del campesinado– y los demás sectores de la vida nacional.

En la historia indígena⁴, desde la época de la Conquista el sentido de las luchas de los indígenas americanos ha sido hacerse reconocer como sujetos colectivos. El derecho español, que reconocía los fueros, aceptó los cacicazgos, los cabildos y el ámbito territorial de los resguardos indígenas, pero impuso el dominio misionero. El liberalismo criollo quiso abolir los resguardos para que se pusieran en venta sus tierras y así “igualar” los indígenas con el pueblo colombiano. En nombre de la República se hizo una nueva ofensiva contra el sujeto colectivo indígena y contra la identidad étnica. La Ley 89 de 1890 –que reguló los derechos indígenas en Colombia hasta la Constitución de 1991– fue resultado de una articulación entre la Constitución de 1886 y la resistencia indígena en defensa de los derechos preservados tras cuatro siglos de negación por españoles y criollos. En esta ley los indios de los resguardos son vistos como “parcialidad” y no como grupos étnicos ni mucho menos como pueblos, y tampoco se reconoce el carácter de resguardo como entidad territorial de la República. La lucha indígena de la primera mitad del presente siglo se de-

⁴ Este breve análisis está basado en Patricia Cortés, et al., “La Constitución y los derechos indígenas”, en Libardo Sarmiento (Compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: Balance y perspectivas*, pág. 174 y ss.

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 72, 75, 79, 82, 102, 329, 332, 334.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 6 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 3)
Comisión V, artículo 6 (G.C., N° 83, pág. 40, col. 2)
Primer Debate, artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 2)
Comisión Codificadora, artículos 59B y 65 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión II: abril 11
Plenaria: junio 14, y 29
Comisión Codificadora :
junio 19

LEGISLACION

Ley 16 de 1992
Ley 31 de 1992, art. 14
Ley 70 de 1993
Ley 100 de 1993, art. 133
Ley 136 de 1994, art. 12

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-225, T-400,
T-503, C-546, T-551,
T-566, T-605.

1993
C-013, C-017, C-060,
T-128, T-184, T-188,
C-204, C-216, T-230,
T-238, T-252, T-257,
T-259, T-292, C-337,
T-370, T-371, T-395,
T-405, T-406, T-423,
T-478.

1994
T-095, C-103, C-189,
T-243, C-263, T-296,
T-327, T-342, T-445,
C-474, C-519, C-526,
T-572.

1995
T-025, C-106, T-150,
T-379, C-595, T-617.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convenio 169 de la OIT

sarrolló en torno a la defensa de los derechos establecidos en la Ley 89, así como para enfrentar la modalidad feudal del “terraje” o cuota de trabajo que los hacendados imponían a los indígenas. Durante la década del 50 las luchas indígenas fueron aniquiladas mediante asesinatos y masacres y sólo reaparecieron hasta 1971 con la fundación del CRIC, fortaleciéndose en 1982 con la creación de la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC. A la vez, los procesos sociales, políticos y culturales internacionales apoyaban estas luchas. La posmodernidad ha conducido a la afirmación de la diversidad e identidad étnica y cultural en el mundo. Por ello, la década de los años ochenta, en medio de una situación de alta violencia en el país, fue de auge para el movimiento indígena, en términos de recuperación de tierras, abolición de formas serviles de trabajo, constitución de organizaciones regionales, experiencias educativas y de gestión económica.

Con relación a los derechos de las comunidades negras, su reconocimiento constitucional igualmente es el resultado de una larga historia de resistencia y lucha. Este fue posible a partir de las propuestas organizativas de las comunidades negras, que reivindican el derecho a la diferencia, sus formas de organización socioeconómica y cultural, la apropiación de territorios y el uso y aprovechamiento tradicionales de los recursos naturales, y el acceso a las instancias de participación y toma de decisiones, como presupuesto para su supervivencia como pueblo y para la construcción equitativa de relaciones de entendimiento intercultural. La Ley 70 de 1993 hace explícito el reconocimiento de

las comunidades afrocolombianas como grupo étnico, y como tal retoma y desarrolla sus derechos básicos a la identidad cultural, la participación y autonomía, y a un desarrollo acorde con sus características y aspiraciones socioculturales⁵.

En este marco, la resolución final adoptada por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en diciembre de 1995, recomienda al gobierno colombiano continuar dando prioridad a los esfuerzos para mejorar la situación de los grupos étnicos. El Comité, además, urge al Gobierno para que asegure que las necesidades más básicas de las minorías, grupos discriminados o marginados sean asumidas, independientemente de cualquier estrategia de largo plazo. Sólo de este modo el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

⁵ Carlos Rosero, y Mónica Restrepo, “Derechos de las comunidades negras”, en: Libardo Sarmiento, op. cit., 1995, pág. 201 y ss.

Artículo 64

*Es deber del Estado
promover el acceso
progresivo a la propiedad
de la tierra de los
trabajadores agrarios, en
forma individual o
asociativa, y a los servicios
de educación, salud,
vivienda, seguridad social,
recreación, crédito,
comunicaciones,
comercialización de los
productos, asistencia
técnica y empresarial, con
el fin de mejorar el ingreso
y calidad de vida de los
campesinos.*

Con esta norma los constituyentes quisieron extender los beneficios del Estado social y democrático de derecho a los habitantes de las áreas rurales de Colombia, tanto en lo que se refiere al derecho a la propiedad, como a los bienes y servicios que es deber del Estado prestar con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de los campesinos.

La Corte Constitucional ha reivindicado esta norma en cuanto es fundamental en el marco del Estado social y democrático de derecho¹. Según la Corte, el artículo 64 combina el derecho a la propiedad con los demás derechos sociales, económicos y culturales. La norma le asegura a los campesinos una serie de servicios públicos, como educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial entre otros servicios, de los cuales adolecen los trabajadores agrarios. Se entiende que ésta es una de las clases más marginadas, más subdesarrolladas y, por ende, más propensas a toda clase de contingencias. De ahí que constitucionalmente hoy se tenga una norma que enuncia toda una serie de reivindicaciones sociales para el campesino colombiano, la cual reafirma el criterio que los servicios señalados se le brindarán al trabajador con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de los campesinos.

En efecto, en los años treinta la población colombiana era cercana a los 9 millones de personas, y de éstas el 71% habitaba en zonas rurales. Según el censo de 1993, la población rural

de Colombia es de 9.717.563 personas, el 27.1% respecto a la población total. A lo largo del siglo las tasas intercensales de crecimiento anuales del sector rural han sido significativamente inferiores a las urbanas. Hasta 1964 el crecimiento de la población rural estuvo arriba el 1% anual. Entre 1964 y 1985 el crecimiento de la población fue de carácter vegetativo, al registrar tasas anuales inferiores al 1%. A partir del último período intercensal (1985-1993) se registra una pérdida en términos absolutos de la población rural, disminuyendo en más de 700.000 personas, y una tasa negativa de crecimiento del 0.9% anual.

Históricamente las poblaciones de las zonas rurales han registrado un atraso consuetudinario -de casi treinta años- en relación al nivel medio de las condiciones del bienestar urbano. Realidad paradójica, dado que los campesinos y trabajadores del campo constituyen hoy en Colombia un sector sin cuya inclusión activa en los beneficios del desarrollo carece de sustentabilidad política la proyección del país como sociedad articulada en el contexto internacional. Si bien la participación del sector agrícola en el PIB nacional sufre el desplazamiento propio de su proceso de desarrollo, en el caso colombiano esta participación es aún mayor que en otros países con condiciones similares a las de Colombia. A su vez, la contribución de las economías campesinas a la producción física de alimentos y materias primas es del 52%, participación que se incrementó en un 4% entre 1970 y 1988. Sin embargo, los incrementos de la participación campesina en la producción agraria nacional y sus esfuerzos exitosos en cuanto a la modernización tecnoló-

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-537/92, MP. Simón Rodríguez.

gica no marchan parejos con el desarrollo social rural².

Este último factor tiene una relevancia especial, dados los mayores niveles de indigencia apreciables en el campo: para 1992 se estimaba que 3 personas por cada 10 se encontraban en condiciones de indigencia para las áreas rurales, en tanto que para las urbanas esta proporción era solamente de 1 por cada 10. Estas condiciones de supervivencia resultan afectadas por la creciente dependencia que ofrecen los ingresos rurales de la salarización, caracterizada por su estacionalidad, baja cobertura prestacional y de seguridad social. Por estas mismas razones, los subsidios que canalizan el gasto social rural tienen una incidencia directa en el ingreso de los sectores más pobres, el cual se hace especialmente vulnerable a las variaciones de la asignación de los recursos públicos.

Durante las décadas de los años setenta y ochenta, la pobreza en el sector rural, medida por ingresos y por necesidades básicas, fue descendente. A partir de 1991 se registra un aumento significativo en la pobreza rural en términos de ingresos, a la vez que el mejoramiento de los factores de vivienda, infraestructura de servicios y cobertura educativa se hace más lento.

Las características del acceso a la tierra tienen repercusión en la composición de los ingresos rurales. En Colombia históricamente ha existido

una alta concentración de la tierra, lo cual implica también una muy desigual distribución del ingreso. Para 1993 el 70% de los productores del campo laboraban en parcelas de menos de cinco hectáreas que en su conjunto representaban menos del 12% del área agrícola y del ingreso agropecuario. Desde 1960 se ha reducido el número de propiedades de mayor tamaño y se ha duplicado el área sembrada en parcelas de menos de cinco hectáreas, sin que estos cambios llegaran a afectar la estructura de tenencia. La desigualdad en la tenencia de la tierra medida a través del índice de Gini descendió de 0.84 en 1960 a 0.75 en 1993, por lo cual se puede afirmar que las políticas de reforma agraria impulsadas desde los años sesenta han tenido un efecto marginal.

La violencia —no obstante no tiene una correlación tan directa con la pobreza— si tiene como sus principales víctimas a los pobres y como lugares de mayor incidencia a las zonas rurales. La confrontación entre las fuerzas regulares y los grupos guerrilleros, el auge del paramilitarismo y la activa presencia de los narcotraficantes, incrementaron la violencia rural desde finales de los años sesenta. La población civil ha sido la más afectada de este complejo mosaico de conflictos, pues entre 1985 y 1994 cerca de 700.000 personas de las zonas rurales de Colombia han sido desplazadas de manera violenta.

A principios de los años ochenta los grupos asociados con el narcotráfico concentraban un millón de hectáreas (3% del área cultivable). Para mediados de la década de los noventa la concentración de tierras en propiedad de narcotraficantes era de al-

CONCORDANCIAS

Preámbulo; Artículos 1, 2, 13, 20, 38, 39, 48, 49, 51, 52, 58, 60, 65, 67, 68, 69, 75, 334, 366, transitorio 57.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículos 2, 4, 5 y transitorio (G.C., N° 83, pág. 41, col. 3)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 66 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 10, 19 y 29

² Este análisis se basa en el trabajo de Darío Fajardo, "Derechos constitucionales de los campesinos y trabajadores rurales", en Libardo Sarmiento, op. cit., pág. 219 y ss.

LEGISLACION

Ley 41 de 1993
Ley 48 de 1993, art. 63
Ley 70 de 1993
Ley 101 de 1993
Ley 115 de 1994, art. 137
Ley 160 de 1994

rededor de 3 millones de hectáreas, lo que representa un 9% del área cultivable del país afectando no sólo a los departamentos de la región del Caribe y del Magdalena Medio, sino también a otras áreas geográficas como el sur del país, las zonas cafeteras, el centro del país y los llanos orientales. Cabe mencionar que las tierras en manos de los narcotraficantes superan en más de tres veces las acciones realizadas en más de 30 años de reforma agraria, debido a que hasta 1994 los programas de reforma agraria habían adjudicado un total de 1.300.000 hectáreas en todo el país. El narcotráfico, al irrumpir con mayor fuerza desde los años ochenta y afectar violentamente la estructura de tenencia de la tierra en las zonas rurales, ha contribuido a acelerar las dinámicas de violencia, pobreza y desplazamiento forzoso en el país.

Además del factor tierra, el sector campesino afronta otros problemas de tipo estructural como los siguientes: no existe una oferta de tecnologías apropiadas y viables económicamente para los pequeños productores. El servicio de asistencia técnica gratuita sólo llegó en 1991 a 185.000 beneficiarios sobre un total de más de un millón de familias campesinas; únicamente una cuarta parte de los pequeños productores tiene acceso al crédito formal; la escasez e inadecuada distribución del recurso hídrico limita la diversificación y los rendimientos productivos; la falta de vías adecuadas y su insuficiente infraestructura de comercialización reducen la capacidad de inserción de los pequeños productores a los mercados; se estima en 165.000 el número de familias campesinas que carecen de tierra y en 440.000 las que la poseen

en cantidad insuficiente; las precarias organización y capacidad empresarial de los pequeños productores, al igual que su escaso acceso a tecnologías de poscosecha, limitan su potencial para desarrollar economías de escala en procesos de comercialización y agroindustria rural; la escasa cobertura de los servicios sociales explica, en buena parte, la pobreza rural y constituye una barrera para incrementar la calidad de vida; la limitada participación y ejecución de los proyectos de desarrollo rural impide mejorar la calidad de la participación femenina en los programas y proyectos.

Tradicionalmente las políticas y medidas gubernamentales, tales como la investigación y la transferencia de tecnología, el crédito subsidiado y el apoyo a la comercialización a través de medidas de protección a la competencia internacional o de compras directas por parte del Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA-, favorecieron al sector moderno empresarial, discriminando negativamente a la población campesina.

Además, el patrón de desarrollo agrícola, adoptado por el país desde los años 50, basado en el fomento de la agricultura comercial y en el uso intensivo de la tierra, de las nuevas tecnologías y procesos de mecanización, ha sido adverso para los trabajadores rurales. Hasta 1987 la tasa de absorción de mano de obra del campo fue de 0.6% anual inferior al crecimiento de la población rural.

Solamente hasta mediados de la década de los setenta, a raíz del resurgimiento de la violencia rural y de la ola internacional de programas de desarrollo rural integrado, el Esta-

do colombiano asistió el desarrollo de algunas zonas de economía campesina. En 1982 se complementó el esfuerzo del Programa de Desarrollo Rural Integrado con la creación del Plan Nacional de Rehabilitación -PNR- dirigido a zonas de mayor conflicto.

En consecuencia, los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución pretenden dar respuesta a la conflictiva problemática que históricamente afecta a las comunidades rurales del país. Según Darío Fajardo, la profundidad y extensión de los conflictos sociales en Colombia, junto con la destacada participación de las estructuras socioeconómicas y políticas del campo en estos conflictos, se proyectaron necesariamente en las propuestas de acuerdo político traducido en la Constitución de 1991. A pesar de que durante la década anterior la violencia y, específicamente, la “guerra sucia” liquidó dirigentes campesinos y organizaciones enteras de las localidades rurales, la crisis de gobernabilidad, creciente desde mediados de los años setenta, hizo inocultables las raíces rurales del conflicto social y político nacional. El peso de los problemas agrarios es de tal magnitud en Colombia que sus huellas quedaron grabadas en el acuerdo constitucional³.

En desarrollo del mandato constitucional y bajo la presión de la profunda crisis económica, social y política que presenta el agro colombiano en lo transcurrido de los años noventa, se aprobó la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero (Ley 101 de 1993). Esta Ley contempla la provisión de crédito para la producción y la comercialización, el finan-

ciamiento para la vivienda y la incentivación de la capitalización rurales, la creación de mecanismos de protección frente a la producción extranjera y la fijación de precios, sistemas de asistencia técnica agrícola y programas de desarrollo rural.

Con posteridad a la promulgación de la Ley 101 de 1993, se aprobó el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino (Ley 160 de 1994). Su contenido apunta a reactivar la acción del reparto agrario, en desarrollo de los artículos 58, 60 y 64 de la Carta Constitucional, buscando racionalizar la distribución de la propiedad, el uso de la misma y de los demás recursos naturales asociados a ella, mediante el subsidio para la compra, en beneficio de los campesinos de escasos recursos. En esta ley se estipula el compromiso del Estado con la preservación de los derechos sociales, económicos y culturales de los campesinos y su participación en las instancias de planificación y decisión regionales.

La política de reforma agraria pretende dinamizar el mercado de tierras transfiriendo la decisión de compra a los beneficiarios. El Estado se propone redistribuir un millón de hectáreas a 70.000 familias –14.2 hectáreas en promedio–. Los beneficiarios recibirán un subsidio del 70% del valor de la tierra, el 30% restante se financiará con créditos de largo plazo redescontables en Finagro. El Estado promete ejecutar un programa masivo de titulación de la propiedad rural con una meta de 5 millones de hectáreas en 178.400 predios, y se procederá a la titulación colectiva de los territorios de comunidades negras y a la ampliación y saneamiento de los

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-014, T-406, T-423,
T-466, T-451, T-466,
T-540, T-571, C-590,
T-610.

1993

C-006, C-060, C-074,
T-163, C-467, T-597.

1994

C-021, C-022, C-037,
C-089, C-180, C-211,
C-223, T-253, C-265,
C-311, C-375, T-385,
C-428, C-474, C-489,
C-511.

1995

T-070, C-106, C-130,
T-143, C-205, C-265,
T-284, C-349, T-384,
C-398, C-521, C-595.

³ Darío Fajardo, op. cit., pág. 223.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Convenios 10, 11, 12, 25,
99, 101 y 129 de la OIT.

resguardos indígenas. Para complementar los programas de dotación de tierras se adjudicarán créditos de producción. La Caja Agraria otorgará préstamos por \$600 mil millones para pequeños productores y \$30 mil millones para actividades rurales no agropecuarias.

Dentro del programa de servicios productivos se incluyen acciones en adecuación de tierras, desarrollo tecnológico, financiamiento, capitalización, comercialización y servicios complementarios. Como meta se tiene una cobertura de 510.000 usuarios de asistencia técnica agropecuaria, 18.500 beneficiarios de proyectos de pesca y acuicultura, 12.300 mujeres campesinas con proyectos específicos y la adecuación de 6.580 hectáreas en riesgo para pequeños productores.

En servicios sociales se busca el acceso por parte de los campesinos a educación, salud, vivienda, agua potable y saneamiento básico. Para ello, el Gobierno desarrollará estrategias articuladas al fortalecimiento municipal, la consolidación de espacios de participación y el acceso al Sistema Nacional de Cofinanciación. El Fondo DRI destinará \$860 mil millones para cofinanciar programas de electrificación y vivienda rural, acueductos, saneamiento básico y vías veredales. La Red de Solidaridad Social contempla subsidios alimentarios para niños en edad preescolar no atendidos por el ICBF, auxilios para ancianos indigentes y programas de empleo rural de emergencia. La Caja de Compensación Familiar Campesina fortalecerá la prestación de sus servicios para extender el cubrimiento de los programas. Con la política de vivienda rural se busca otorgar 300

mil subsidios, el programa incluye la instalación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y el mejoramiento estructural de las viviendas, y su ejecución estará a cargo del Fondo DRI, la Caja Agraria, en cofinanciación con los municipios y las comunidades.

Contra el éxito de estos programas se alzan una gran variedad de problemas y limitantes como la falta de voluntad política, la debilidad en la capacidad de gestión institucional, la descoordinación y poca integralidad en la aplicación de las políticas de desarrollo rural, la ausencia de prácticas democráticas en la gestión pública, la profundización de la violencia y la pobreza rural, y el bajo desarrollo y la debilidad de las organizaciones sociales rurales.

Artículo 65

La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

De acuerdo con los estudios sobre seguridad alimentaria se concluye que por más adecuada que sea la disponibilidad alimentaria no se garantiza el acceso a los alimentos básicos por parte de los grupos de población con limitaciones de ingreso. El bajo poder adquisitivo de los estratos bajos constituye una de las principales causas de la inseguridad alimentaria. En consecuencia, el énfasis deberá ser colocado en considerar en forma integral y conjunta los aspectos de oferta y demanda en la formulación de estrategias de seguridad alimentaria¹.

Los problemas de disponibilidad alimentaria usualmente se analizan bajo cuatro criterios básicos: suficiencia, estabilidad, autonomía y sostenibilidad. La suficiencia tiene que ver con una oferta total -producción doméstica más importaciones- que cubra no sólo la demanda efectiva sino también las necesidades básicas alimentarias de la población vulnerable. La estabilidad se refiere a la frecuencia y amplitud de las fluctuaciones en la disponibilidad alimentaria. La autonomía mide el grado de dependencia en las importaciones de insumos, de medios de producción para la industria alimentaria y de productos agrícolas básicos. La sostenibilidad, como criterio de largo plazo, mide el impacto sobre la productividad de los recursos naturales de sistemas alternativos de producción alimentaria.

En consecuencia los problemas que deben enfrentar en particular los

¹ El marco de estudio sobre la seguridad alimentaria corresponde al trabajo de la Misión de Estudios del Sector Agropecuario, *Estrategias y políticas para el desarrollo agropecuario en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Agricultura - Departamento Nacional de Planeación, 1990.

países en desarrollo respecto a la seguridad alimentaria son: desajustes coyunturales de la oferta agregada por desfases cíclicos entre los niveles de producción de alimentos y la demanda; los desajustes estructurales entre la producción y la demanda agrícola; los programas coyunturales de acceso relacionados con dificultades estacionales de los hogares para satisfacer sus necesidades nutricionales básicas, y, restricciones estructurales de acceso alimentario que se reflejan en una brecha sistemática entre las necesidades nutricionales y el consumo, determinado por el ingreso disponible de algunos grupos sociales rurales y urbanos.

Frente a la norma constitucional puede fácilmente deducirse la unilateralidad con que los constituyentes analizaron el tema alimentario. La protección del Estado a la producción de alimentos se orienta exclusivamente hacia el lado de la oferta, esto es, en el modelo analizado, el componente de suficiencia, dejando de lado los componentes de estabilidad, autonomía y sostenibilidad. Lo mismo puede decirse respecto a la interdependencia que debe enfrentar la seguridad alimentaria.

No obstante, al señalar el artículo 65 únicamente que la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado, podría pensarse que los demás componentes de la seguridad alimentaria están garantizados en el resto de normas contempladas en los derechos sociales, económicos y culturales, y en general en toda la arquitectura del Estado social de derecho.

En la interpretación de esta norma se señala que no consagra un derecho en favor de un individuo o

grupo social determinado, salvo quizá las personas o industrias dedicadas a la producción de alimentos. Más que establecer un derecho, esta norma lo que hace es fijar al Estado algunos objetivos de desarrollo económico en el campo agroindustrial².

La Corte Constitucional³ explicita que el artículo 65 de la Carta de 1991 consagra en forma expresa un tratamiento prioritario para las personas o entidades dedicadas a la producción de alimentos. Comentaristas autorizados abrigan dudas sobre si la disposición establece un derecho para todas las personas o grupos sociales distintos de los productores, pero a la vez son muy enfáticos al afirmar: “no es descabellado suponer que esta norma faculta a los particulares para oponerse a cualquier acción del Estado que lesione la protección constitucional de la producción doméstica de alimentos y la agroindustria, como podrían ser las medidas de apertura económica que ha emprendido el país”. De otra parte, es evidente que el texto del mencionado precepto permite afirmar también que ante las diversas alternativas presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente en materia de protección especial de la actividad agrícola, la Constitución de 1991 optó por una que hace eco de las preocupaciones en torno a la seguridad alimentaria expresadas por organismos comprometidos activamente con el proceso de integración económica que ha venido realizando el denominado Grupo Andino.

En la definición que este grupo da respecto a la seguridad alimentaria

se establece: “seguridad alimentaria es el grado de garantía que debe tener toda población de poder disponer y tener acceso oportuno y permanente a los alimentos que cubran sus requerimientos nutricionales, tratando de reducir la dependencia externa y tomando en consideración la conservación y equilibrio del ecosistema para beneficio de las generaciones futuras”.

En consecuencia, concluye la Corte Constitucional, son precisamente los estratos sociales más pobres de los países en desarrollo los que viven permanentemente en situación de inseguridad alimentaria, lo cual indica a las claras que el problema se relaciona también con la distribución del ingreso, no sólo entre naciones sino entre sectores de población. Por tanto, desde esta perspectiva, entre las condiciones que el Estado social de derecho debe promover para que la igualdad sea real y efectiva y las medidas en favor de grupos discriminados o marginados no puede estar ausente un razonable grado de garantía de que toda la población colombiana pueda disponer y tener acceso oportuno y permanente a los alimentos que satisfagan sus requerimientos nutricionales.

Esta jurisprudencia es más concordante con las normas internacionales respecto a las limitaciones que presenta el artículo 65. En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, por lo cual los Estados Partes deberán adoptar las medidas que se necesitan para: a. Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimen-

CONCORDANCIAS

Artículos 64, 66, 69, 331, 334 y 336.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículos 1 y 4 (G.C., N° 83, pág. 41, col.3)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 5, col.2)
Comisión Codificadora, artículo 67 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 10, 19 y 29

² Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág. 168.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-506/92, MP. Ciro Angarita.

LEGISLACION

Ley 34 de 1993
Ley 41 de 1993
Ley 60 de 1993
Ley 67 de 1993
Ley 69 de 1993
Ley 83 de 1993
Ley 101 de 1993
Ley 115 de 1994, arts. 64
a 67
Ley 132 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

C-590, T-605.

1993

C-040, C-074, C-216,
C-490.

1994

C-021, C-223, T-253,
C-333, C-375, C-489,
C-519.

1995

C-130, C-178, C-205,
C-265, C-316, C-349,
C-398, T-499.

1996

C-109, C-262.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

tos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b. Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 66

*Las disposiciones que se
dicten en materia
crediticia podrán
reglamentar las
condiciones especiales del
crédito agropecuario,
teniendo en cuenta los
ciclos de las cosechas y de
los precios, como también
los riesgos inherentes a la
actividad y las
calamidades ambientales.*

Los constituyentes quisieron apoyar una reglamentación especial en materia de crédito para apoyar la actividad agropecuaria. En Colombia la regulación de la materia crediticia es competencia del Banco de la República. El desarrollo de esta norma debería tener en cuenta tres problemas inmediatos relacionados con la política de crédito agropecuario: la coordinación que debe guardar con la política macroeconómica y, en particular, con la política monetaria y fiscal; la orientación que debería darse a la asignación de los recursos crediticios; y, la eficiencia operativa de las entidades encargadas del suministro del crédito.

Sin embargo, el desarrollo legal de esta norma ha tenido un carácter casuístico, dejando de lado el desarrollo de reglas generales que habrían de regir las relaciones en materia crediticia en condiciones especiales para el sector agropecuario. En consecuencia, estos desarrollos han estado ligados a la refinanciación de la deuda de los cafeteros, algodóneros, arroceros y demás sectores agrarios (Ley 34 de 1993), establecimiento de seguro agropecuario, creación del Fondo Nacional del Riesgo Agropecuario (Ley 69 de 1993), cuota de fomento ganadero y lechero y Fondo Nacional del Ganado (Ley 89 de 1993), y Ley General del Desarrollo Agropecuario y Pesquero (Ley 101 de 1993).

La jurisprudencia se ha encargado de relacionar los artículos constitucionales 64, 65 y 66 expresando su conexidad y complementariedad. En efecto, según la Corte Constitucional¹,

en cuanto la regulación económica del Estado encaminada a la producción, comercialización y desarrollo tecnológico de los alimentos, estas actividades del renglón primario de cualquier economía gozan de especial protección del Estado en la forma que lo prescribe el artículo 65 de la Constitución Nacional. Por mandato de esta norma el Estado está en la obligación de otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, procurar la construcción de obras públicas de infraestructura física y promover la adecuación de tierras. Del crédito se encargan el artículo 66 y el artículo 64, cuando establecen la obligación estatal de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores y señala también el compromiso del Estado de adelantar las políticas pertinentes para la comercialización de los productos agrícolas.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-590/92, MP. Simón Rodríguez.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 64, 65, 334 y 336.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 5, col.2)

Comisión Codificadora, artículos 68 y 69 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 10, 19 y 29

LEGISLACION

Ley 34 de 1993
Ley 69 de 1993
Ley 83 de 1993
Ley 101 de 1993
Ley 132 de 1994
Decreto 1290 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-411, C-590.

1993
C-074, T-311.

1994
C-021, C-050, T-253,
C-375, C-489.

1995
C-265, T-337, C-340,
C-398, T-499.

1996
C-615

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 67

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del

Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 22, 41, 42, 44, 45, 52, 53, 54, 64, 68, 69, 70, 71, 72, 79, 93, 94, 150 n. 8, 189 n. 21, 214 n. 2, 334, 356, 365, 366, 367.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 70 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 9, 10 y 15
Comisión II: abril 17
Plenaria: junio 5, 10, 14 y 29

La Constitución consagra el derecho de toda persona a la educación. La define como un servicio público que cumple una función social. Este es un derecho del cual no disfruta una gran proporción de la población. Más de 700 mil niños entre 7 y 14 años no accede a la educación básica primaria, 2.4 millones de jóvenes no están escolarizados y el 89% de los adultos no ingresa a la educación superior. Esto es, a 3 millones de colombianos entre 7 y 18 años se les violan los derechos humanos en cuanto la Declaración Universal declara en su artículo 26 que «toda persona tiene derecho a la educación».

Sin embargo, el alfabetismo, la tasa de escolaridad y el nivel educativo de los colombianos presentan mejoras significativas a partir de la segunda mitad del siglo. La tasa de analfabetismo en la población mayor de 15 años que era de 37.7% en 1951, para 1993 descendió a 11.1%. Los años promedio de educación en la población mayor de 24 años aumentó de 3.5 en 1973 a 5.9 en 1993.

La expansión de la escolaridad en Colombia siguió una pauta secuencial, comenzando con la primaria hacia los años cincuenta y terminando con la expansión del nivel superior en los años setenta. Como resultado de esta dinámica, entre 1950 y 1994 la tasa de escolaridad primaria pasó de 35.6% a 85% para la población de 7 a 14 años. No obstante, en los años 90 sigue siendo baja la cobertura alcanzada en los niveles de preescolar (13.1%), secundaria (46%) y superior (11.5%). La tasa de escolarización en educación superior es baja entre los países suramericanos -Ecuador, Venezuela y Perú tienen tasas

por encima del 25%; Uruguay y Argentina alcanzan valores del 43% y el 39%, respectivamente-. De igual forma, la cobertura en educación primaria y secundaria es aún inferior a la de casi todos los países de América del Sur, México y el Caribe, y sólo superior a la de los países centroamericanos y a la de Brasil. Además, en los últimos años cobra importancia el problema de la calidad de la educación, de tal manera que se garantice un mayor acceso y permanencia en el sistema educativo y evite las desigualdades que generan las malas prácticas pedagógicas. A este problema se une una pérdida en el ritmo de la expansión educativa, fenómeno que se viene registrando en los últimos 15 años.

En efecto, pese a los logros en aumentos de cobertura éstos se ven contrarrestados por la baja eficiencia interna del sistema educativo. De 100 niños que inician el primer grado de primaria, 60 terminan 5 grado y sólo 40 de ellos lo hacen en 5 años. Las altas tasas de repitencia (25.5% en el primer grado) se traducen en una tasa de deserción escolar cercana al 35% en los tres primeros años. Así mismo, de cada 100 niños que entran al primer grado, únicamente 30 culminan la educación básica (1° a 9° grados) y de ellos sólo 7 lo hacen sin repetir año.

La deficiente calidad de la educación explica estos problemas de eficiencia. La calidad de la educación en Colombia está lejos de ser satisfactoria. Los resultados de pruebas de conocimiento en matemáticas y lenguaje muestran que los estudiantes fallan precisamente en aquellas habilidades fundamentales para seguir

aprendiendo y que la calidad de la educación se ha deteriorado en los últimos años. Las características del plantel y las de los procesos pedagógicos son las variables que más pesan en la explicación del rendimiento de los estudiantes. En Colombia se reciben en promedio 680 horas de clase al año, contra 1100 en Estados Unidos y 1300 en Europa y 1500 en Japón.

Anualmente egresan de secundaria 295 mil jóvenes, de los cuales sólo el 25% pasa al nivel superior. Del 75% restante la mayoría ingresa al mercado laboral y un número limitado busca alternativas en la educación no formal -capacitación para el trabajo-, cuya oferta es insuficiente y de baja calidad. Esta situación genera una importante población de bachilleres desempleados (10.9% en 1992). A esto se suman miles de jóvenes desertores del sistema escolar, para quienes las oportunidades educativas y laborales son restringidas por su baja escolaridad¹.

De otra parte, la calidad de los programas de educación superior está lejos de ser satisfactoria, lo que se explica por la deficiente preparación del personal docente, su escasa dedicación al trabajo académico, la ausencia de infraestructura adecuada para el aprendizaje y la investigación, y la gran dispersión de recursos. Así mismo, la educación superior se ha centrado más en la distribución de conocimientos que en la generación de los mismos, lo que significa que no ha privilegiado el desarrollo de la investigación como actividad central de sus objeti-

vos. El índice de científicos por habitante en Colombia es de 18 por cada 100 mil, inferior al promedio de América Latina –en México y Brasil es de 40 por 100 mil–.

En consecuencia, el sistema de educación actual en Colombia difícilmente garantiza el derecho a la educación y menos aún el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura que consagra el artículo 67. En este sentido, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas recomendó al Gobierno colombiano, en su informe de diciembre de 1995, que “tome todas las medidas necesarias para asegurar a todos el derecho a la educación primaria gratuita. El Comité recomienda además que el Gobierno tome las medidas del caso para mejorar la calidad de la educación secundaria y las condiciones materiales del personal docente”.

La Constitución establece contenidos y fines a la educación. El inciso 2 del artículo 67 de la Constitución es concordante con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al reconocer los Estados Parte el derecho de toda persona a la educación, convinieron en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convinieron así mismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos

LEGISLACION

Ley 16 de 1992
Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992, Decreto 061 de 1992
Ley 48 de 1993, art. 62
Ley 60 de 1993
Ley 65 de 1993, arts. 94 a 103
Ley 70 de 1993, arts. 32 a 46
Ley 82 de 1993, arts. 8 y 9
Ley 104 de 1993, art. 41.
Decreto 212 de 1993.
Decreto 225 de 1993
Ley 115 de 1994
Ley 137 de 1994, art. 5
Ley 146 de 1994
Ley 147 de 1994, Decreto 836 de 1994, Decreto 1743 de 1994, Decreto 1860 de 1994, Decreto 2903 de 1994
Ley 181 de 1995
Ley 188 de 1995, Decreto 804 de 1995, Decreto 1236 de 1995, Decreto 1719 de 1995

¹ Este diagnóstico está basado en Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2738, Bogotá, 1994.

JURISPRUDENCIA

**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-002, T-402, T-411,
T-420, T-421, T-427,
T-429, T-440, T-450,
T-466, T-488, T-492,
T-517, T-524, C-580,
T-602, T-612.

1993

C-005, C-010, C-027,
C-127, T-036, T-064,
T-065, T-102, T-108,
T-118, T-123, C-127,
T-186, T-189, C-204,
T-256, SU-277, T-309,
T-321, T-322, T-329,
C-337, T-358, T-398,
T-425, T-439, T-462,
T-473, C-502, C-530,
T-558, T-574.

1994

T-002, T-015, C-022,
C-041, T-079, C-088,
C-089, T-092, T-097,
C-109, T-123, T-125,
C-131, T-161, T-191,
C-221, T-269, T-276,
T-277, T-298, C-311,
C-313, T-323, T-345,
C-348, C-371, C-406,
T-441, T-449, T-467,
T-478, T-503, T-510,
C-511, C-520, C-526,
C-547, C-555.

1995

T-017, T-035, T-037,
T-061, C-070, C-073,
C-088, T-090, T-100,
T-114, C-151, C-205,
T-211, T-218, T-234,
T-236, T-237, C-252,
T-257, T-258, T-284,
C-316, T-337, T-340,
T-371, T-377, T-385,
T-308, C-420, T-442,
C-459, C-487, T-499,
T-501, T-512, T-515,
C-525, T-527, T-573,
T-607, T-620.

raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. Para lograr el pleno ejercicio de este derecho, los Estados Parte reconocieron la necesidad de hacer obligatoria la enseñanza primaria y ofrecer, progresivamente, la enseñanza gratuita en los niveles primaria, secundaria y superior.

El artículo 67 de la Constitución establece la responsabilidad compartida de la educación entre el Estado, la sociedad y la familia. Define la obligatoriedad de la educación en razón a la edad—entre los 5 y los 15 años de edad— y el grado escolar. Un año de preescolar y nueve de educación básica. Define que la educación será gratuita en las instituciones del Estado y la función de éste en la regulación, inspección y vigilancia de la educación.

En contra vía de la universalidad en el derecho de toda persona a la educación (artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), el inciso 5 del artículo 67 de la Constitución no establece el deber del Estado de garantizar la plena cobertura del servicio de educación, sino sólo «el adecuado cubrimiento del servicio». No obstante, obliga al Estado a asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo—gratuita al menos en lo concerniente a los niveles de preescolar y los nueve años de educación básica, suficiencia de aulas, maestros capacitados, elementos didácticos, bibliotecas, facilidades de acceso, subsidios a los hogares de bajos recursos—. La nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, administración y financiación de los servicios educativos.

De acuerdo con la jurisprudencia, se entiende a la educación como un derecho constitucional fundamental; en consecuencia se considera un derecho inherente a la persona y por tanto tiene protección inmediata, al igual que todos los derechos constitucionales fundamentales. A esta conclusión se llega mediante una lectura sistemática de la Carta, la cual permite deducir el concepto de “Constitución Cultural”, y, en particular, del artículo 44 que define como parte integrante de los derechos fundamentales del niño, la educación².

Respecto al gasto público, los desarrollos normativos constitucionales y la política social se observa: con relación al gasto público en educación el país registra una tendencia levemente ascendente, aunque sujeta a fuertes fluctuaciones cíclicas. Su participación en el PIB aumentó del 2.85% en la década de los años 70 al 2.99% en los años 80, y al 3.03% en 1993. Este nivel de gasto público en educación es inferior al de gran parte de los países latinoamericanos (Cuba: 6.6%, Panamá: 5.5%, Costa Rica: 4.6%, Brasil: 4.6%, México: 4.1%).

Tres estatutos fundamentales ha producido el órgano legislativo en cumplimiento de los mandatos constitucionales en materia de educación: la Ley 30 de 1992 o Ley de Educación Superior, la Ley 60 de 1993 o Ley de Transferencias de Competencias y Recursos y la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación. Esta última constituye un estatuto completo y homogéneo que rompe la escisión tradicional que diferenciaba la edu-

² Corte Constitucional, Sentencia T-002/92, MP. Alejandro Martínez.

cación pública de la privada, desarrollando en su remplazo el nuevo concepto de educación como un servicio público único al que pueden acudir para su prestación el Estado y la sociedad civil con la misma vocación y bajo los mismos criterios de organización, administración y pedagogía³.

La Ley 115 contempla como objetivos fundamentales del servicio educativo mejorar la calidad de la enseñanza y ampliar la cobertura en todos los niveles, desde el preescolar hasta la educación media, y en todas las modalidades de la educación formal, informal y no formal. Presenta como finalidad esencial del proceso educativo brindar formación integral y permanente a todas las personas en condiciones de equidad y sin más limitaciones que las que emanan del derecho de los demás y del respeto al orden jurídico.

La Ley 115 comprende aspectos importantes de la educación de los discapacitados y excepcionales, de adultos, campesinos y población rural, personas en proceso de rehabilitación, etc. Especial atención presta a la educación para los grupos étnicos y la prolongación del proceso formativo a lo largo de la vida individual y social, a través de los medios masivos de comunicación, caracterizados en ella como agentes formadores.

Respecto a la política social como mecanismo ejecutor de las leyes y del mandato constitucional en materia de educación, ésta se desarrolla en el «Salto Social - La Educación Eje del Desa-

rollo» para ejecutarse durante el período 1994 - 1998. Con esta política se propone superar el atraso de nuestra educación a través de la ampliación de su cobertura, basada en la creación de oportunidades equitativas de acceso para todas las personas, con énfasis en la educación básica y en aquellos sectores poblacionales que carecen de recursos suficientes para ingresar y permanecer en el sistema. Las metas del salto educativo se traducen en un aumento del gasto público en educación, hasta alcanzar el 4.9% del PIB en 1998, y del incremento en los cupos de educación formal, de modo que en el período 1995 - 1998 se creen 300 mil nuevos cupos para preescolar y 600 mil para educación básica, además del otorgamiento de subsidios a la oferta y a la demanda para abrir mejores opciones de ingreso de los niños de los sectores más pobres del país. La política social se complementa con un esfuerzo en materia del mejoramiento de la calidad educativa, buscando transformar sustancialmente los criterios, procesos y contenidos, formas e instrumentos pedagógicos.

1996

C-008, T-024, T-037, T-052, T-078, T-104, T-145, T-180, T-206, T-208, T-223, T-232, T-235, T-248, T-290, T-301, T-308, T-348, T-373, T-407, T-416, T-423, T-461, T-463, T-515, T-516, T-547, T-590, T-712.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 26.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 13 y 14.
Declaración Americana, artículo XII.
Convención Americana, artículo 26.
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículos 5, 10 y 14.
Declaración de los Derechos del Niño, principio 7.
Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 23, 24, 28 y 29.
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 22.
Convenio IV de Ginebra, artículos 50 y 94.
Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 4.

³ Carlos Gerardo Molina, et al., "Derecho a la educación, factor esencial para el desarrollo personal y social", en: Libardo Sarmiento. op. cit., pág. 95 y ss.

Artículo 68

Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 7, 10, 13, 16, 18, 19, 42, 44, 45, 47, 53, 67, 69, 70, 71, 72, 334, 365, 366, 367.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 71 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 9, 10 y 15.
Comisión II: abril 11
Plenaria: junio 5, 10, 14 y 29

LEGISLACION

Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992
Ley 48 de 1993, art. 62
Ley 70 de 1993, art. 32 a 46
Ley 72 de 1993
Ley 91 de 1993
Ley 115 de 1994
Ley 147 de 1994

Esta norma da derecho a la libre iniciativa del sector privado para fundar y administrar instituciones escolares, dentro de condiciones que podrá establecer la ley para su creación y gestión.

La institución escolar es la célula fundamental del sistema educativo y debe garantizar la continuidad del proceso educativo del alumno. Esta, de acuerdo con la ley 115 de 1994 en su artículo 138, debe contar como mínimo con la infraestructura administrativa y pedagógica para ofrecer un grado de preescolar y nueve de educación básica. Las principales instancias de la organización educativa deben servir, ante todo, a la institución escolar. Esta deberá contar con la autonomía y capacidad de operación necesarios para su financiamiento óptimo, y para responder a los estudiantes, a los padres de familia y a la comunidad en general¹.

De acuerdo con los constituyentes, el Estado debería promover la creación de instituciones educativas para asegurar el acceso de todas las personas a la educación sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes. En consideración de los constituyentes el Estado deberá tener bajo su responsabilidad la vigilancia de la educación. La vigilancia y supervisión del Estado sobre las instituciones públicas y privadas estarán encaminadas a garantizar la calidad de la educación que se imparta. La comunidad también deberá actuar como veedora de la prestación de este servicio. El servicio de educación pública básica estará administrado por

los municipios con la participación de los padres de familia.

Respecto a este punto, la Corte Constitucional² ha señalado que de la naturaleza de servicio público de la educación se deduce que los fines de la educación son el servicio a la comunidad, la búsqueda del bienestar general y la elevación de la calidad de vida de la población. Las entidades particulares autorizadas por las autoridades públicas competentes para prestar el servicio público de la educación deben estar guiadas en primer término por el servicio a la comunidad. La función social de la educación excluye, por tanto, el manejo totalmente libre y patrimonialista propio del derecho empresarial. Las entidades educativas no tienen como objeto exclusivamente la explotación económica del servicio público que prestan. Al contrario, su autonomía interna debe reflejar la constante disposición a contribuir solidariamente con miras a la satisfacción de las necesidades intelectuales, morales y físicas de los educandos.

De manera amplia la norma establece que la comunidad educativa participará en las instituciones de educación. Este inciso es concordante con el artículo 2 de la Constitución que consagra como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, al igual que con el artículo 1 que define la organización del Estado social de derecho como democrático y participativo. De acuerdo con la política del Salto Educativo, impulsada por la administración del

¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2738, Bogotá, 1994.

² Corte Constitucional, Sentencia T-540/92, MP. Eduardo Cifuentes.

Presidente Samper, 1994-1998, cada establecimiento deberá elaborar de manera democrática un proyecto educativo institucional, PEI. Este es un plan anual de desarrollo administrativo y pedagógico del establecimiento, cuyo propósito fundamental es mejorar la calidad de la educación. A partir de un diagnóstico se formulan, en cada caso, objetivos, metas y programas concretos, factibles y evaluables. En su elaboración participan la comunidad educativa y es adoptado por el gobierno escolar, como organismo que garantiza la participación democrática de todos los estamentos de la comunidad educativa –rector, representantes de los docentes, estudiantes, padres de familia y exalumnos– en la dirección de las instituciones. En 1997 todas las instituciones escolares deberán contar con un PEI³.

Los constituyentes señalaron que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Según los constituyente no hay países subdesarrollados sino hombres subdesarrollados. Por tanto, los encargados de la educación tendrán que ser capaces de desarrollar hombres autónomos, creativos y demócratas, liberados de la cadena de la pobreza, de la ignorancia y de la violación frecuente de los derechos humanos.

La norma agrega que la ley garantizará la profesionalización y dignificación de la actividad docente. Sobre este punto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas recomienda al Gobierno colombiano mejorar la situación laboral de los docentes, en razón del bajo reconocimiento social

de su actividad y sus precarias condiciones económicas de vida, lo que en conjunto afecta la calidad de su trabajo. De acuerdo con la política del Salto Educativo, el gobierno apoyará prioritariamente los planes de capacitación que resulten de los PEI y promoverá, conjuntamente con las instituciones de educación superior, una oferta educativa diversificada, orientada a elevar la capacidad de los docentes para responder a las necesidades de aprendizaje de los estudiantes. El Ministerio de Educación Nacional, con el apoyo del servicio nacional de pruebas, pondrá en marcha el sistema de selección de aspirantes a la carrera docente y pondrá en marcha la evaluación del desempeño de los docentes para efectos de la fijación de sus estímulos. El incremento salarial de los docentes será gradual y asociado al tiempo trabajado y al rendimiento de los estudiantes.

Los padres de familia tendrán derecho a escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En la Asamblea Nacional Constituyente se planteó que este es un principio de libre enseñanza, cátedra y aprendizaje que permite opciones democráticas en la escogencia de planteles educativos. Además, esto garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa, ideológica y moral, acorde con sus propias convicciones. De acuerdo con esta disposición, además, los misioneros deberán cambiar sus métodos de trabajo en los planteles de educación que dirigen.

Frente a este principio la jurisprudencia⁴ señala que, a la luz de la

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-015, T-220, T-402, T-409, T-421, T-428, T-440, T-450, T-488, T-492, T-612.

1993

C-016, C-027, T-064, T-065, T-118, T-123, 4-172, T-186, T-202, T-329, T-383, T-418, C-530, T-538.

1994

T-002, C-022, C-041, C-058, C-088, C-089, C-109, T-123, T-137, T-161, C-187, T-298, C-311, C-371, C-493, C-511, C-547, C-555.

1995

T-017, T-035, T-048, T-049, C-088, C-151, T-211, C-252, T-340, C-344, T-377, T-384, T-385, T-388, C-420, T-427, C-525, T-527, T-607.

1996

C-006, C-008, T-024, C-059, T-078, T-145, T-157, T-180, T-181, T-184, T-202, T-206, T-208, T-223, T-235, T-248, T-290, T-301, C-308, T-348, T-373, T-384, T-407, T-416, T-422, T-461, T-463, T-514, T-515, T-516, T-532, T-547, T-590, T-650, T-695, T-712.

³ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2738, Bogotá, 1994.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-421/92, MP. Alejandro Martínez.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal,
artículo 26.

Pacto Internacional de De-
rechos Económicos, So-
ciales y Culturales, artícu-
los 13 y 14.

Declaración Americana,
artículo XII.

Convención Americana,
artículo 26.

nueva Constitución, no se puede obli-
gar a que la religión católica sea cur-
sada como materia básica. De lo con-
trario se violaría la libertad de con-
ciencia. En consecuencia, las institu-
ciones educativas oficiales deben
mantener una posición neutral y pre-
guntarle al educando —o a sus padres,
si es menor—, al momento de la matrí-
cula, acerca de si desea estudiar o no
la asignatura de religión, sin indagar
si en efecto profesa o no dicho credo.

Igualmente el Estado garantizará
que los grupos étnicos reciban una
educación acorde con sus caracterís-
ticas culturales. El terreno ganado por
la etnoeducación durante la década
de los ochenta —tanto por las expe-
riencias educativas adelantadas por las
organizaciones indígenas, como por
el Ministerio al consolidarse y crecer
la instancia administrativa de la
etnoeducación— se refuerza con la
nueva Constitución al ampliarse la
apertura, interés y el respeto hacia esta
modalidad educativa.

En el esquema de la descentrali-
zación corresponde a los departamen-
tos y municipios la administración edu-
cativa. Por tanto, las organizaciones
indígenas tendrán que concertar con ellos
la atención a la educación. En algunos
departamentos existe una dinámica
interinstitucional de etnoeducación con
participación de las organizaciones so-
ciales. En otros estas dinámicas son muy
débiles, lo cual dificulta el nombramiento
de maestros en las propias comunida-
des o la asignación de recursos de
cofinanciación⁵.

Además, los constituyentes con-
sagraron el objetivo de la sociedad de
erradicar el analfabetismo; así como
la educación de personas con limita-
ciones físicas o mentales o con capa-
cidades excepcionales. Los constituyen-
tes consideraron que la posibilidad
del saber es parte fundamental de la
igualdad de condiciones para partici-
par en la definición de los destinos
de la sociedad. En consecuencia, es
un deber del Estado y de la sociedad
erradicar el analfabetismo del 11.1%
de los colombianos que aún se en-
cuentra en esa condición, situación que
afecta con mayor gravedad a los ha-
bitantes de las zonas rurales (22.8%
de analfabetismo) y a las mujeres
(11.6%).

⁵ Patricia Cortés, et al., op. cit., págs. 185-
186.

Artículo 69

Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 64, 67, 68, 70, 71, 72.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)

Comisión Codificadora, artículo 72 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 9, 10 y 15.
Plenaria: junio 5, 10, 14 y 29

LEGISLACION

Ley 4 de 1992, art. 20
Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992
Ley 72 de 1993
Ley 91 de 1993, Decreto 1212 de 1993, Decreto 837 de 1994
Ley 115 de 1994
Ley 147 de 1994, Decreto 1478 de 1994

Los constituyentes consagraron el derecho a la autonomía universitaria. Fue de interés de los constituyentes reconocerle la mayoría de edad a la universidad. La Ley 30 de 1992 desarrolla este mandato constitucional. En el artículo 28 de esta Ley se reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos; designar sus autoridades académicas y administrativas; crear, organizar y desarrollar sus programas académicos; definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; otorgar los títulos correspondientes; seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes; y, establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

En el artículo 29 de la misma ley se especifican los aspectos básicos de la autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales, la cual estará determinada por su campo de acción. El artículo 30 establece que es propio de las instituciones de educación superior la búsqueda de la verdad, el ejercicio libre y responsable de la crítica, de la cátedra y del aprendizaje.

En desarrollo del mandato constitucional “de acuerdo con el cual la Ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado”, la Ley 30 de 1992 señala en su artículo 57 que las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. Define que los

entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le correspondan. El carácter especial del régimen de las universidades estatales comprenderá la elección de directivas, del personal docente y administrativo, la organización del sistema de las universidades estatales oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal.

De acuerdo con la Corte Constitucional¹, la autonomía universitaria encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público, tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo. El concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley, según lo establece con claridad el artículo 69.

No obstante, esta autonomía tiene límites. En principio, la autonomía es la facultad de regirse por autoridades propias e independientes y, fundamentalmente, de darse sus propias normas. Ahora bien, tal y como el legislador en ejercicio de sus funciones

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-492/92, MP. José Gregorio Hernández.

no puede dictar leyes que contradigan los artículos constitucionales, de la misma forma quienes tienen autonomía para darse sus propios reglamentos o estatutos deben hacerlo respetando las normas de superior jerarquía y especialmente la Constitución. La Carta Política es entonces el límite a la garantía institucional de la autonomía universitaria, y para mantener este límite existen, fundamentalmente, la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales y las acciones administrativas que controlan la legalidad de las normas dictadas en virtud de la autonomía y aprobadas por los órganos de administración correspondientes.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-492, C-517,
T-527, C-598, T-612.

1993

C-027, T-064, T-065,
T-108, T-123, T-172,
T-186, T-187, C-246,
C-378, T-439, T-473,
T-506, T-538, T-539A,
T-554, T-573, T-574.

1994

T-002, C-022, C-109,
T-137, T-156, C-195,
C-299, C-311, C-348,
C-408, T-441, T-478,
C-506, C-511, C-520,
C-547.

1995

C-088, C-130, C-151,
T-185, T-237, C-316,
T-340, T-377, T-384,
T-388, C-420, C-482,
T-515, T-557, T-607,
T-611.

1996

C-006, C-008, C-022,
T-052, T-180, T-184,
C-188, T-196, T-223,
T-301, C-337, C-360,
T-515, C-617.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal,
artículo 26.
Pacto Internacional de De-
rechos Económicos, So-
ciales y Culturales, artícu-
los 13 y 14.
Declaración Americana,
artículo XII.
Convención Americana,
artículo 26.

Artículo 70

El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 16, 18, 64, 67, 68, 69, 71, 72, 95 n. 8, 189 n. 21.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 1)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 73 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 9 y 15.
Plenaria: junio 5, 8, 10, 18 y 29

Según el uso ordinario “la cultura” engloba todas las formas de comportamiento específicamente humano: la técnica, las costumbres, los ritos y creencias, la expresión artística, los sistemas de educación, la ley. Hay evidentemente una graduación en la universalidad posible de ciertas formas, desde la lengua, que es la menos comprensible, la menos universal, hasta las matemáticas, cuya universalidad potencial y actual es la más incontestable. Cuando se dice que todas las culturas son “iguales” evidentemente se piensa más en los dominios específicos, menos universales: se piensa primeramente en el arte y lo que quiere decirse es, al parecer, que no existe ninguna forma trascendente, supracultural para enunciar juicios estéticos y comparar el valor relativo de las diversas formas de expresión¹.

De otra parte, la dimensión cultural puede entenderse como el reconocimiento a la capacidad –esto es, como garantía del ejercicio del derecho– de todos los ciudadanos colombianos a pensar autónomamente, a expresar y controvertir libremente sus criterios, aportes y creaciones, a reivindicar y construir sus formas de existencia y de relacionamiento y a participar en las transformaciones de su estatuto fundamental cuando lo consideren conveniente².

Los constituyentes consagraron el derecho de los colombianos a acceder a la cultura y el deber del Estado de promover y fomentar el acceso. Esta

norma es concordante con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde se reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15).

En la interpretación de esta norma, hay quien afirma que “los deberes que se endilgan al Estado en punto a la cultura no pasan de ser generalidades y colección de frases hechas que en nada comprometen su acción concreta”. Incluso llegan a señalar que “éste es uno de los artículos más literarios y anodinos de la Constitución”³.

En contravía de esta apreciación, Francisco Puy ha logrado dar una dimensión concreta a los derechos culturales, mostrando, a la vez, la necesidad indivisible de hacer parte de una Constitución que se funde en el respeto a la dignidad humana y consagre el Estado social y democrático de derecho. Según Puy⁴ se trata de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿qué notas caracterizan nuclearmente estos derechos culturales? Según creo, responde Puy, las dos que constan como conclusiones provisionales, obtenidas al recorrer el panorama de las existentes definiciones esenciales y descriptivas. De acuerdo con la primera conclusión, los derechos culturales se caracterizan por garantizar al ser humano los cauces por donde puede buscar su propia identidad personal y colectiva, con objeto de situarse existencialmente y así orientar su propia

¹ Leszek Kolakowski, *La modernidad siempre a prueba*, México, Vuelta, 1990, pág. 33.

² Fernando Viviescas, “La refundación del ser colombiano”, en: Libardo Sarmiento, op. cit., pág. 147.

³ Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., pág. 174.

⁴ Francisco Puy, “Ensayo de definición de los derechos culturales”, en: *Anuario de los Derechos Humanos*, No. 5, 1989, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, págs. 226 y 227.

vida, individual y colectiva. De acuerdo con la segunda conclusión antes alcanzada, los derechos culturales se caracterizan por consistir en actividades de admiración, creación y tradición sobre materias como la educación, la ciencia y la cultura de élite –arte– o popular –artesanía–.

Es obvio que ambos hallazgos deben ser recuperados para la definición conclusiva. Lo que ocurre es que este segundo puede combinarse bien con la alusión enumerativa, economizando la expresión. Por lo tanto, el énfasis definitorio parece que debe recaer en el primer aspecto. Con lo cual se confirma lo que todos dicen: que el concepto de los derechos culturales depende del concepto de cultura... También dicen muchos que como ella es indefinible, también son indefinibles los derechos culturales... No estoy de acuerdo con esa actitud negativa, afirma Puy.

Es cierto que la cultura puede ser entendida de muchas maneras y que puede ser expresada en muchos lenguajes. Pero existe el universal “cultura” y es aprehensible también. Un análisis de estos fenómenos que realicé no hace mucho, dice Puy, me llevó al descubrimiento de un concepto de cultura que el estudio de ahora no ha hecho más que confirmar y profundizar: que la cultura consiste en una perpetua búsqueda que hace todo ser humano, como individuo y como miembro de todos y cada uno de los grupos sociales en que se instala, a partir de la familia y sobre todo desde ella, buscando su identidad en sus raíces, para darle sentido a su existencia y progresar hacia un futuro apetecible como un bien mejor –inmanente o trascendente–.

Puy ensaya la siguiente noción de los derechos culturales, como “clase” de los derechos humanos: los derechos culturales son la expresión doctrinal con que se puede designar a la subclase de los “derechos humanos” incluida en la clase de los “derechos económicos, sociales y culturales”, que contiene aquellos derechos y libertades fundamentales a los que es común la directa satisfacción de la necesidad de autoidentificación individual y colectiva que siente todo ser humano para orientarse existencialmente por la comunión de sus raíces, a través del conocimiento de los símbolos, de la creencia en los mitos y de la práctica de las costumbres propias de los grupos sociales en que se acoge, en especial cuando tiene que decidir en materia de celibato, matrimonio, familia, educación, creación, admiración, tradición, progreso y sucesión.

Es en este sentido, tal vez, que Fernando Viviescas afirma que como ningún otro documento institucional en la historia del país, la Carta de 1991 se extiende –y allí alcanza su máxima dimensión filosófica– en la consagración del derecho de la dignidad de la existencia, a la cualificación del vivir, al disfrute del tiempo y del espacio –privado y público– para los colombianos. Dicho de otra manera, rescata y democratiza el valor y el sentido del disfrute, de la lúdica, de lo simbólico, para la existencia de todos los ciudadanos⁵.

Al legitimar los constituyentes ese nuevo concepto de libertades y derechos sociales, económicos y culturales fundamentales se introduce un elemento distinto en el campo de la política. Esta legitimación tiene reper-

LEGISLACION

Ley 16 de 1992
Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992
Ley 39 de 1993
Ley 60 de 1993
Ley 65 de 1993, arts. 94 a 103
Ley 70 de 1993, arts. 32 a 46
Ley 98 de 1993
Ley 115 de 1994
Ley 145 de 1994
Ley 151 de 1994
Ley 155 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-407, T-428,
C-477, T-492, T-532,
C-589, T-612.

1993
C-016, C-027, T-064,
T-065, T-123, T-129,
T-172, T-186, C-204,
C-246, C-334, C-378,
C-486, C-489.

1994
T-002, C-022, C-050,
C-058, C-311, T-345,
C-348, C-377, C-406,
T-441, T-467, T-478,
C-511.

1995
C-070, C-088, C-104,
C-106, C-130, C-151,
T-207, C-316, T-377,
T-388, T-499, T-607.

1996
C-110, C-139.

⁵ Fernando Viviescas, op. cit., pág. 163.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal, artículo 2.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 1 y 27.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 15.

Declaración Americana, artículos II y XIII.

Convención Americana, artículo 1.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 13.

Declaración de los Derechos del Niño, principios 1, 7 y 10.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 17, 23, 29 y 30.

ción especialmente en el sentido de redefinir la ciudadanía, porque lleva a la Constitución a hacer una aceptación clara y explícita: la reivindicación del espacio público como ámbito de reconocimiento del otro, como campo de confrontación civilizada de nuestros planteamientos, inquietudes, propuestas y diferencias con los demás dentro de un marco que debe construirse colectivamente.

En consecuencia, y como tareas para el desarrollo del artículo 70 de la Carta Constitucional, Viviescas concluye que mucho más acá de las laxitudes retóricas, en la proyección histórica la responsabilidad del Estado colombiano es la de instaurar y mantener el ejercicio del derecho a la cultura en lugar predominante y determinante de la refundación de Colombia como sociedad: como espacio, como ámbito y como entidad para sus ciudadanos, sobre la base del establecimiento, el desarrollo y la potenciación de nuevas relaciones –democráticas, modernas, cultas, competitivas, productivas y eficientes– del colombiano con la ciencia, con el arte, con la filosofía, con el lenguaje, con la creación, con la expresión, con la interpretación y con la crítica; con el mundo, con las otras culturas y naciones; con las formas de producción, con ellos mismos y con la naturaleza; con el pasado, con la tradición, con el futuro, con la imaginación; con el símbolo y con lo tangible de sus condiciones de vida.

Artículo 71

La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 16, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 72, 339.

ANTECEDENTES**CONSTITUCIÓN DE 1886:**

No hay

**ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:****DEL TEXTO DEL ARTÍCULO**

Comisión I, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 1)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 74 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8 y mayo 9.
Plenaria: junio 5, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 9 de 1992
Ley 16 de 1992
Ley 20 de 1992
Ley 30 de 1992
Ley 39 de 1993
Ley 60 de 1993
Ley 65 de 1993, arts. 94 a 103
Ley 77 de 1993
Ley 78 de 1993
Ley 91 de 1993
Ley 98 de 1993
Ley 115 de 1994, art. 115
Ley 122 de 1994, art. 8
Ley 155 de 1994

Los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se comprometieron a “respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora” (art. 15). Siguiendo esta norma, los constituyentes elevaron a rango constitucional la libertad en “la búsqueda del conocimiento y la expresión artística”. Para garantizar este derecho, en adelante los planes de desarrollo económico y social deberán incluir el fomento de las ciencias y, en general, de la cultura.

La necesidad de una acción concreta de apoyo del Estado para el fomento de la ciencia y la cultura es evidente. De una parte, el manejo adecuado del conocimiento, el desarrollo tecnológico y el aumento de la productividad constituyen la base del crecimiento moderno y de la competitividad internacional. De otra, la cultura, en sus diversas manifestaciones es el fundamento de la nacionalidad (art. 70).

En Colombia la inversión del Gobierno nacional en investigación científica y tecnológica ha oscilado en torno al 0.2% del PIB, cifra baja en relación a las necesidades de desarrollo del país y en comparación con los niveles de inversión promedios en América Latina (1%) y más aún si se compara con los países de mayor dinamismo económico (entre el 2 y el 4% del PIB)¹.

De otra parte, en el 40% de los municipios colombianos no existe siquiera una casa de la cultura, y en muchos departamentos la gestión cul-

tural es apenas un pequeño engranaje de la administración pública. La falta de coordinación interinstitucional ha impedido la construcción de relaciones horizontales y verticales entre centro y regiones. El excesivo centralismo, la dispersión de recursos técnicos, económicos y humanos, y la inequitativa distribución presupuestal para atender las demandas culturales del país, han configurado un sector inorgánico, disperso y débil².

Respecto a la política de ciencia y tecnología, el marco legal que desarrolla la norma constitucional lo conforma la Ley 29 de 1990 y los decretos leyes 393, 585 y 591 de 1991. A partir de este marco se diseñó el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología. La formulación de políticas y programas de desarrollo científico y tecnológico está a cargo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de 11 consejos nacionales definidos en términos de sectores de la producción o áreas de la ciencia. Estos consejos nacionales son presididos por el ministro del ramo. Con el fin de consolidar su misión, Colciencias quedó adscrita al Departamento Nacional de Planeación y desempeña la función de secretariado técnico. En el contexto de este marco institucional, la política hace énfasis en cinco programas: la integración del sector privado mediante su participación en los consejos nacionales; la creación de nuevas formas de asociación entre el sector público y el privado con base en la Ley de Ciencia y Tecnología, mediante la creación de corporaciones mixtas de derecho privado; la descentralización de la investigación con la

¹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 2739, Bogotá, 1994.

² Colcultura, *Sistema nacional de cultura, Conceptos básicos*, Bogotá, 1992.

integración de siete comisiones regionales de ciencia y tecnología; la formación de recursos humanos; y, el fomento a la integración con redes internacionales de ciencia y tecnología.

Con relación a la política de cultura, ésta impulsa una nueva concepción de la convivencia, del respeto a la diversidad y de la paz. Los programas se orientan hacia la reforma institucional y la descentralización de la gestión cultural, el fomento y estímulo a la creación y la investigación, el acceso a los servicios y bienes culturales y la protección y difusión del patrimonio cultural colombiano.

En desarrollo de la norma constitucional se proyecta el diseño de un Sistema Nacional de Cultura que trabajará a través de los consejos nacionales y departamentales, de los fondos mixtos y demás mecanismos locales para la promoción de la cultura y las artes. Con este propósito, se conformarán 36 consejos departamentales y distritales de cultura y se consolidarán redes nacionales de servicios culturales que integren museos, bibliotecas, archivos, casas de cultura, radios comunitarias y centros de documentación. Actualmente hace trámite en el Congreso el proyecto de Ley General de la Cultura, el cual propone la creación del Ministerio de la Cultura, como mecanismo coordinador de entidades y recursos oficiales³.

³ Ministerio de Relaciones Exteriores, *Tercer Informe periódico de aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, 1995.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, C-589.

1993
C-016, T-064, T-065,
C-086, T-123, C-204,
C-246, C-378.

1994
C-022, C-311, T-441,
C-506, C-519.

1995
C-070, C-088, T-090,
C-316, T-340, T-377,
C-401, T-499.

1996
T-104.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.

Artículo 72

El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

La pérdida y el deterioro del patrimonio cultural en Colombia se han acelerado, lo cual se explica por la ausencia de una educación que sensibilice a la población ante el valor de bienes históricos y artísticos, por la poca claridad que ha existido para determinar los responsables de la ejecución de programas en los distintos campos, así como por los altos costos que representa su preservación¹. En concordancia con el artículo 63, los constituyentes quisieron con esta norma someter a un régimen de protección especial el patrimonio arqueológico de la Nación. En adelante al patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado.

Dentro de la política de cultura del gobierno se tienen como objetivos el fortalecimiento institucional del sector y la protección del patrimonio cultural, constituido por bienes muebles e inmuebles, así como por bienes inmateriales, lingüísticos, etnográficos y científicos.

En el artículo 72 los constituyentes señalaron que la Ley reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica. En consecuencia esta norma es concordante con los demás derechos indígenas consagrados en la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional² afirma que la intención de proteger de manera especial los valores culturales y sociales encarnados en las comunida-

des indígenas que aún subsisten en el país, se manifiesta de manera evidente en los debates realizados en la Asamblea Nacional Constituyente y en el texto mismo de la Carta. En lo que respecta al texto constitucional, la importancia de estos valores se pone de presente de manera directa en el artículo 7° que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; en el artículo 8° sobre la obligación del Estado de proteger la riqueza cultural de la Nación; en el artículo 9° sobre la autodeterminación de los pueblos; en el artículo 68 inciso quinto, sobre el respeto de la identidad en materia educativa; en el artículo 70, relacionado con la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y el reconocimiento por parte del Estado de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, así como la promoción de la investigación, de la ciencia, del desarrollo y de la difusión de todos los valores culturales de la Nación, y en el artículo 72, sobre protección del patrimonio arqueológico de la Nación.

¹ Presidencia de la República-Departamento Nacional de Planeación, *Presentación de la cultura en el Plan Nacional de Desarrollo el Salto Social*, Bogotá, 1995.

² Corte Constitucional, Sentencia T-428/92, MP. Ciro Angarita.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 7, 8, 63, 70, 88.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1
(G.C., N° 83, pág. 5, col. 2)

Primer Debate, artículo 3
(G.C., N° 109, pág. 4, col. 3)

Comisión Codificadora,
artículo 75 (G.C., N° 113,
pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 8, mayo 9

Comisión II: abril 11
Plenaria: junio 5, 8, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 16 de 1992
Ley 39 de 1993
Ley 74 de 1994
Ley 105 de 1993, art. 64
Ley 112 de 1994
Ley 145 de 1994
Ley 151 de 1994
Ley 153 de 1994
Ley 155 de 1994
Ley 171 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-002, T-428, T-605.

1993
C-027, C-204, C-246,
C-334, T-371, C-489.

1994
C-088, C-102, T-342,
T-441.

1995
C-104, C-130, C-343

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 73

*La actividad periodística
gozará de protección para
garantizar su libertad e
independencia profesional.*

CONCORDANCIAS

Artículos 20, 74

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C.,
Nº 83, pág. 4, col. 2)
Primer Debate, artículo 8
(G.C., Nº 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, ar-
tículo 76 (G.C., Nº 113, pág.
5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 26.
Plenaria: junio 5, 6, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 137 de 1994, arts. 20,
23 y 74

Esta norma es complementaria del derecho fundamental y garantía que tiene toda persona de expresarse libremente y difundir su pensamiento y sus opiniones, de informar y recibir información veraz e imparcial, y de fundar medios masivos de comunicación. El propósito de este artículo es más específico y está dirigido al gremio de periodistas y de comunicadores. Los constituyentes quisieron ratificar constitucionalmente su independencia en el ejercicio de la profesión, incluso frente a los propietarios de los medios de comunicación.

La norma se relaciona, además, con el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

De esta norma surge el conflicto entre la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa de los propietarios de los medios -e incluso de los patrocinadores-, y la libertad e independencia de la actividad periodística de los empleados o periodistas.

Al respecto, la jurisprudencia surgida de esta norma aclara que el derecho a informar no es absoluto. Está condicionado por la propia Constitución en la forma enunciada y cumple además una función social. Resulta natural, por ende, que su ejercicio implique una responsabilidad de la misma índole. En este orden de ideas, es necesario entender que desde el punto de vista constitucional goza de

garantías tanto quien informa, cuyo derecho a ejercer su actividad sin obstáculos ha merecido especiales referencias de la Carta (artículos 20, 73 y 74), como el conglomerado al cual se dirigen las informaciones, el cual puede exigir a medios y periodistas una información veraz e imparcial (art. 20 C.N.)¹.

Según la Corte Constitucional², el ejercicio legítimo de este derecho fundamental a la libertad de prensa está limitado, en su relación con el honor y el buen nombre, por la exigencia de la veracidad de la información; este es el primero de los límites que impone la Carta a su ejercicio. Sin que implique la exigencia de una absoluta certeza acerca de la existencia de los hechos objeto de la publicación, no resulta admisible la absoluta irresponsabilidad o la negligencia del informador o del medio. Lo que supone es el manejo serio y la presentación ponderada de los hechos, y reflexión acerca de los efectos que genera la publicación de aquéllos, dadas las circunstancias particulares del caso. Obviamente, el informador queda a todas luces amparado constitucionalmente para formular y demostrar, en un eventual juicio por la infracción, la integridad moral, no sólo la ausencia de culpabilidad por su acción sino, además, la veracidad de la información difundida por el medio o, al menos, la ponderada evaluación profesional de la información recibida y reproducida.

Además, la imparcialidad que es otro de los límites constitucionales de

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-332/93, MP. José Gregorio Hernández.

² Corte Constitucional, Sentencia T-609/92, MP. Fabio Morón.

la libertad de prensa, supone que el informador guarde en relación con la persona a la cual se refieren sus comentarios y que es objeto ya de juicio público sancionatorio, ora de decisiones judiciales o disciplinarias, mínimas reglas de respeto y consideración, sin comportar adhesiones o designios anticipados en favor o en contra que puedan incidir en la alteración del resultado recto y justo que se espera en todo Estado de derecho para aquellos casos.

De esta manera, concluye la Corte Constitucional, la libertad de prensa en cuanto modalidad constitucional de la libertad de expresión, exige para que su ejercicio sea veraz e imparcial y no afecte el derecho constitucional fundamental a la honra, al buen nombre y a la dignidad de las personas, que sea profesionalmente conducida y administrada, tal como lo ordena el artículo 73 de la Constitución y que, por lo mismo, las expresiones que utilice no sean injuriosas, difamantes, arbitrarias, calumniosas o innecesarias.

El artículo 73, a su vez, se encuentra desarrollado por la legislación, en particular por la Ley 51 de 1975, artículo 11: "El periodista profesional no está obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones"; y, por el artículo 12 de la misma: "Los funcionarios públicos y especialmente las autoridades de policía, garantizarán la libre movilización del periodista y su acceso a los lugares de información, para el pleno cumplimiento de su misión informativa, salvo en casos reservados conforme a las leyes".

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-406, T-512, C-574,
T-609, T-611.

1993

C-033, T-048, T-050,
T-080, T-129, T-213,
T-274, T-332, T-369,
T-479, C-488, C-529.

1994

T-259, T-331, T-381,
C-425, T-484, C-511,
C-562, T-579.

1995

T-032, SU-056, T-074,
T-602.

1996

C-038.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, artículo 19.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.
Declaración Americana, artículo IV.

Convención Americana, artículo 13.

Artículo 74

*Todas las personas tienen
derecho a acceder a los
documentos públicos salvo
los casos que establezca la
ley.*

*El secreto profesional es
inviolable.*

CONCORDANCIAS

Artículos 15, 20, 23, 112.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 42

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C.,
Nº 83, pág. 4, col. 2)
Primer Debate, artículo 8
(G.C., Nº 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, ar-
tículo 76 (G.C., Nº 113, pág.
5)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 5, 6, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 4 de 1913, arts. 316,
317 y 320
Decreto 01 de 1984, arts.
17 a 24
Ley 57 de 1992
Ley 24 de 1992, art. 15
Ley 31 de 1992, art. 54
Ley 65 de 1993, art. 58
Ley 99 de 1993, art. 74
Ley 107 de 1994, arts. 4 a
6

Esta norma se ocupa de dos asuntos completamente distintos: el derecho de acceso a los documentos públicos y la inviolabilidad del secreto profesional.

Con relación al primer tópico existe una amplia reglamentación en el Código Contencioso Administrativo y en otros estatutos legales. La Ley 4 de 1913 en su artículo 320 establece que todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva. En el artículo 19 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por la Ley 57 de 1985, artículo 12, se establece que toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional. La ley señala también que el funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo, y que las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estarán sometidas a reserva.

En relación con la jurisprudencia que ha surgido de la interpretación del inciso 1 del artículo 74 de la Carta, la Corte Constitucional¹ entiende que el derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. De ahí la importancia del artículo 74 de la Constitución Nacional, que,

al consagrar el derecho a acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera a los demás derechos fundamentales ligados al mismo. El artículo 74 de la Carta no va dirigido exclusivamente al informador, sino de manera principal al que reciba la información. Ahora bien, si es cierto que el derecho a acceder a los documentos públicos consagrado en el artículo 74 puede considerarse en buena medida como una modalidad del derecho fundamental de petición y como instrumento necesario para el ejercicio del derecho a la información y, por lo tanto, comparte con éstos su núcleo axiológico esencial, no lo es menos que tiene también un contenido y alcance particulares que le otorgan especificidad y autonomía dentro del conjunto de los derechos fundamentales.

Con relación al segundo tópico, los constituyentes quisieron proteger constitucionalmente el secreto profesional, esto es, el sigilo que todo profesional está obligado a guardar cuando, por razón de su ejercicio, se entera de pormenores de la vida privada y de los asuntos de sus clientes. El secreto no puede ser violado por su custodio y, naturalmente, tampoco por ningún tercero, incluido el Estado mismo².

Por secreto profesional se entiende, según la Corte Constitucional³, la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de deter-

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-473/92, MP. Ciro Angarita.

² Carlos Lleras de la Fuente, op. cit., págs. 176 y 177.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-013/93, MP. Eduardo Cifuentes.

minada profesión o actividad; como es el caso de los sacerdotes, por confesión de los delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de la defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación. En Colombia el secreto profesional de los periodistas está expresamente consagrado por el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, así: "Artículo 11. El periodista profesional no estará obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones". Agrega la Corte que "esta norma le permite al periodista presentar ante la opinión pública denuncias sobre hechos o situaciones irregulares y aun delictuosas. Obligar al periodista a revelar el origen de sus informaciones implicaría limitar su acceso a la noticia, al silenciar, en muchos casos, a quienes conocen los hechos. Pero, de otro lado, el periodista está sujeto a las responsabilidades que adquiere por sus informaciones. No podrá, en consecuencia, escudarse en el dicho de terceros cuyos nombres oculta, para calumniar o injuriar. No: será él quien responda por lo que diga".

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-011, T-419, T-444,
T-473, T-567, T-611.

1993

C-033, C-035, T-100,
C-114, T-119, T-182,
T-306, T-332, T-335,
C-411, C-466, T-521,
T-524, C-540, T-563,
T-578.

1994

C-060, C-063, C-071,
T-126A, C-145, T-158,
T-163, T-331, C-425,
T-443, T-481, T-484,
C-562.

1995

C-053, SU-056, T-074,
C-106, T-602.

1996

C-037, T-053, C-054,
T-073A, T-151, C-264,
T-321, T-605, T-621.**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**Pacto Internacional de De-
rechos Civiles y Políticos,
art. 19.Declaración Americana, ar-
tículo 13.Convenio III de Ginebra, ar-
tículo 122.Convenio IV de Ginebra, ar-
tículo 136.

Artículo 75

*El espectro
electromagnético es un
bien público inenajenable
e imprescriptible sujeto a la
gestión y control del
Estado. Se garantiza la
igualdad de oportunidades
en el acceso a su uso en los
términos que fije la ley.*

*Para garantizar el
pluralismo informativo y
la competencia, el Estado
intervendrá por mandato
de la ley para evitar las
prácticas monopolísticas
en el uso del espectro
electromagnético.*

En el Título III la Constitución señala como parte del territorio nacional el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. En el artículo 75 los constituyentes reafirman que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

Según la Corte Constitucional¹, técnicamente el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolísticas. Las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares obedecen a que éste es parte del territorio colombiano (art. 101 C.P.), y pertenece por tanto a la Nación (art. 102 C.P.). Razones de soberanía y de seguridad, así como los principios de pluralismo informativo, democracia participativa e igualdad, justifican la intervención estatal en las actividades con que se hace uso de este bien público en ejercicio de derechos fundamentales. De otra parte, factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las con-

diciones óptimas de transmisión y el uso adecuado de este bien público. La apropiación del espectro electromagnético no hace parte de la capacidad patrimonial y de la autonomía contractual de los particulares. Tampoco pueden los particulares pretender adquirir su dominio mediante prescripción.

Según Lleras de la Fuente, el calificativo de uso público sujeto a la gestión y control estatal se funda en el mantenimiento del principio del monopolio mismo del Estado sobre las telecomunicaciones. Este tratamiento legislativo coloca a los canales radioeléctricos que conforman el espectro electromagnético en la categoría de bienes públicos afectados a la prestación de un servicio igualmente público, como es el de las comunicaciones, en sus diversas modalidades².

En relación con el uso de aparatos de radiocomunicaciones, la Corte Constitucional³ aclara que debe comprenderse dentro de la filosofía del servicio público, por razón de la naturaleza de su función. Al respecto es necesario atenerse al contenido del artículo 365 de la Carta Política, que establece claramente que en todo caso, es decir siempre y bajo todas las circunstancias, el Estado debe mantener la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, incluido naturalmente el de radiocomunicaciones.

Con esta regulación por parte del Estado se busca controlar los monopolios privados y promover el pluralismo cultural y social.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-081/93, MP. Eduardo Cifuentes.

² Carlos Lleras de la Fuente, Op. cit., pág. 177.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-169/93, MP. Vladimiro Naranjo.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 20, 63, 76, 111, 112.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 2)
Primer Debate, artículo C (G.C., N° 109, pág. 4, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 78 (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19, abril 25 y 26, mayo 2.
Comisión II: marzo 8.
Plenaria: junio 5, 6, 8, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 28 de 1992
Ley 37 de 1993
Ley 104 de 1993, arts. 98 a 107
Ley 137 de 1994, arts. 27 y 38
Ley 142 de 1994, art. 8

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-611.

1993

C-033, T-048, T-080, T-081, C-082, C-127, T-129, C-153, C-169, C-196, C-266, C-267, C-268, C-457, C-464, C-488.

1994

C-179, C-180, C-189, C-318, T-484.

1995

T-059, C-178, C-423, C-564.

1996

C-038, C-045, C-093, C-310, C-382, T-472.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 76

*La intervención estatal en
el espectro
electromagnético utilizado
para los
servicios de televisión,
estará a cargo de un
organismo de derecho
público con personería
jurídica, autonomía
administrativa,
patrimonial y técnica,
sujeto a un régimen legal
propio.*

*Dicho organismo
desarrollará y ejecutará los
planes y programas del
Estado en el servicio a que
hace referencia el inciso
anterior.*

Esta norma establece un organismo público, sujeto a régimen legal propio, a través del cual se ejerce la intervención estatal en el espectro electromagnético aplicado a la televisión, y el desarrollo y ejecución de los planes y programas del Estado en relación con este mismo servicio.

Con relación a la jurisprudencia sobre el artículo 76, la Corte Constitucional¹ explicita que la Constitución en los artículos 75, 76 y 101 no define el espectro electromagnético. El espectro es el conjunto de todas las frecuencias de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas -rayos gamma, rayos X-, ondas medias o intermedias -luz visible-, hasta ondas largas -las radiocomunicaciones actuales-. Dentro de este rango de frecuencias hay una escala privilegiada que, con la tecnología actual, corresponde al espectro de las comunicaciones. Obviamente es a esta frecuencia a la que se refiere la Constitución, especialmente en el artículo 76, al establecer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.

Por consiguiente, concluye la Corte Constitucional, el espectro electromagnético no es una franja por donde pasan datos, ni tiene que ver con el espacio alrededor de la tierra. El Estado no puede intervenir el espectro electromagnético en su totalidad. Sólo puede intervenir o controlar el rango de frecuencias que se utilizan en las comunicaciones, y no el espectro en su totalidad que, como se mencionó, corresponde a fenóme-

nos que no tienen relación con las comunicaciones. Pretender su control total equivaldría a decir que el Estado, en virtud del artículo 75, puede intervenir la luz o la radiación térmica del sol. De otra parte, es evidente que la igualdad de oportunidades a que el artículo 75 se refiere, es la que tiene que ver con el otorgamiento de concesiones, en especial para radio y televisión. El uso que el concesionario haga de las frecuencias se rige por otros principios, en especial por los que consagran la libertad de información.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-484/94, MP. Jorge Arango.

CONCORDANCIAS

Artículos 20, 73, 75, 77.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2
(G.C., N° 83, pág. 4, col. 2)

Primer Debate, artículo D
(G.C., N° 109, pág. 5, col. 1)

Comisión Codificadora,
artículo 78A (G.C., N° 113, pág. 5)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19, abril 25 y 26, mayo 2 y 15
Plenaria: junio 5, 6, 8, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 28 de 1992
Ley 94 de 1993
Ley 134 de 1994
Ley 137 de 1994, arts. 27 y 38
Decreto 1448 de 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

C-517.

1993

C-033, T-048, T-081,
C-082, T-129, C-153,
C-169, C-196, C-266,
C-267, C-268, C-457,
C-464.

1994

C-179, C-189, C-408,
T-484.

1995

C-497, C-564.

1996

C-093, C-310, C-711.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 77

La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director.

Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los

demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad.

Parágrafo.- Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.

CONCORDANCIAS

Artículos 20, 53, 75, 76.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Primer Debate, artículo E (G.C., N° 109, pág. 5, col. 1)

Comisión Codificadora, artículo 78A (G.C., N° 113, pág. 5)

Comisión Codificadora, artículo 78B y 78C (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19, abril 8, 25 y 26, mayo 2.

Plenaria: junio 5, 6, 8, 18, 23 y 29

Esta norma ha sido desarrollada ampliamente por la Ley 182 de 1995, o Ley de la televisión. De acuerdo con el artículo 1 la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y a las comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública, a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

En el artículo 2 de la Ley 182 se establecen como fines y principios del servicio de televisión: formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos, se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local.

En el artículo 3 referido a la naturaleza jurídica, denominación, domicilio y control político, se establece que el organismo al que se refieren los artículos 76 y 77 de la Consti-

tución Política se denominará Comisión Nacional de Televisión, CNTV. Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y con la independencia funcional que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos. El domicilio principal de la Comisión Nacional de Televisión será la ciudad de Bogotá, pero por decisión de la junta directiva podrá establecer sedes en cualquier lugar del territorio nacional. A su vez, la Comisión Nacional de Televisión será responsable ante el Congreso de la República y deberá atender los requerimientos y citaciones que éste le solicite a través de las plenarias o las comisiones.

La Corte Constitucional¹ aclara que estos servicios, en cuanto utilizan el espectro electromagnético –bien público– están sujetos a la regulación y vigilancia por parte del Estado. El ejercicio de los derechos fundamentales de informar y fundar medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético no es libre. Por el contrario, requiere de la intervención estatal en razón del carácter de bien público que ostenta el espectro electromagnético y, además, con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos.

La potestad estatal de intervenir en materia del uso del espacio electromagnético no es ilimitada. El legislador al regular la materia está sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales (art. 93 CP.) que garantizan los derechos fundamentales tanto del

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-081/93, MP. Eduardo Cifuentes.

emisor como del receptor de la información. La Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe en su artículo 13 numeral 3° el ejercicio abusivo del control estatal o privado sobre los medios masivos de comunicación.

LEGISLACION

Ley 130 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 137 de 1994, arts. 27 y 38
Ley 182 de 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
C-517

1993
C-033, T-048, T-081,
T-129, T-383.

1994
C-189, C-408.

1995
C-497, C-564.

1996
C-073, C-711.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Convención Americana,
art. 33

Capítulo 3

Introducción

La teoría del derecho elaborada en el marco de los estados demoliberales ha estado ligada al concepto de los derechos subjetivos, es decir, a la idea según la cual los titulares de los derechos son las personas individualmente consideradas. Se ha ocultado de esta manera la posibilidad de la existencia de derechos que tengan otro tipo de titulares. En este contexto, así como ocurre en el derecho penal, en el derecho civil los intereses individuales han gozado de múltiples vías de protección, mientras que los intereses colectivos no han contado con los instrumentos adecuados para su defensa o han permanecido abandonados y desvalidos. Tal cierre del horizonte de la reflexión y de la práctica jurídicas ha dificultado al derecho por largo tiempo dar una respuesta adecuada a realidades que, derivadas de la dinámica económica capitalista, causan perjuicios tanto o más graves que aquellos que se originan en el desconocimiento de los derechos subjetivos.

La evolución de la conciencia jurídica ha conducido por fin al surgimiento de nuevos derechos en respuesta a estas circunstancias que afectan la vida de las personas, pues pueden atacar el conjunto de las condiciones básicas que permiten la supervivencia, el desenvolvimiento cotidiano y el desarrollo integral del hombre, de la comunidad y aun de la especie. De estos derechos son titulares las comunidades o los grupos organizados. Los derechos colectivos son de esta manera un avance en el esfuerzo del derecho por atender jurídicamente necesidades urgentes de la comunidad.

Aunque con antecedentes en el derecho romano e incorporados marginalmente a las tradiciones jurídicas latinoamericanas desde los inicios de la República, los derechos colectivos y las respectivas acciones para su protección tan solo han ingresado con paso firme a las constituciones y a los códigos a finales del Siglo XX.

En el caso colombiano, los derechos colectivos y las acciones populares habían sido introducidos en el derecho privado con la adopción del Código Civil de Chile, en el cual estas instituciones romanas tenían cabida gracias al buen criterio y a la excelente formación de Don Andrés Bello. Sin embargo su uso ha sido escaso, entre otras razones por las carencias de nuestra cultura jurídica afincada en los derechos subjetivos y por las dificultades que entraña el trámite de los procedimientos judiciales tradicionales.

La Carta de 1991 ha hecho reconocimiento constitucional a estos derechos, destinando para tal efecto uno de los capítulos que conforman la carta de derechos, consagración que es complementada en el artículo 88 CP. con una enumeración detallada de los derechos colectivos, y con el otorgamiento al legislador de la facultad de considerar como tales otros de similar naturaleza.

De la misma manera que los derechos subjetivos no son vehículos adecuados para velar por los derechos de las comunidades, los procesos civiles tradicionales resultan inapropiados para el trámite de las acciones populares, entre otras por las siguientes razones: a) un demandante solitario queda en posición de notoria desventaja frente al causante del daño, generalmente poderoso; b) las pretensiones de una demanda individual pueden ser insignificantes frente al perjuicio realmente causado y no involucrar los reclamos de toda la comunidad afectada; c) si existiendo un único demandante se cita a todas las personas afectadas con el fin de garantizar su indemnización, el proceso se entorpecería o dilataría demasiado debido a las características propias del procedimiento civil; d) considerado individualmente, el valor del perjuicio puede ser muy pequeño, lo cual no justificaría la presentación de una demanda pues los costos de ésta pueden ser superiores al daño causado y éste no ser significativo como para movilizar el aparato de justicia; e) si las personas involucradas demandan separadamente se gastan excesivamente los recursos de la administración de justicia y el desenlace de los procesos puede consistir en fallos contradictorios.¹

Por lo tanto los procedimientos de naturaleza civil requieren ser sustituidos por procedimientos especiales. Esto es, por procedimientos fundados más en el derecho público que en el derecho privado, y que sean concordantes con la naturaleza de los derechos que se busca proteger y de las acciones populares que les dan inicio.

¹ Ramiro Bejarano, *Las acciones populares*, Bogotá, Forum Pacis, 1993, págs. 37 y 38.

Artículo 78

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

1. El sector de los consumidores ha sido objeto de especial atención en el mundo de hoy. Las más de las veces indefensos frente a proveedores e intermediarios, la necesidades de la protección de sus intereses ha encontrado respuesta jurídica en las constituciones de Europa, en el orden jurídico norteamericano desde los años 60, y en recientes reformas constitucionales llevadas a cabo en América Latina. La protección de los derechos del consumidor es una de las tareas del Estado social y su vigencia, es decir, el efectivo acceso a bienes y servicios que cumplan con ciertos requisitos de calidad, puede traducirse en un mayor grado de bienestar para la comunidad. La Carta del 91 ha dado status constitucional a los derechos de los consumidores y de los usuarios, siendo éste un paso importante en la salvaguardia de intereses de relevancia reciente y en el desarrollo del derecho público colombiano.

2. La calidad de un producto puede definirse de manera general como su adecuación a su uso común o, lo que es lo mismo, como su aptitud para satisfacer determinadas necesidades durante un tiempo razonable. En el régimen legal colombiano la calidad es entendida desde una perspectiva técnica como el conjunto de propiedades que individualizan un bien, de las cuales hace parte el nivel de contaminación que puede producir¹. En lo que se refiere a servicios se habla del derecho a una “prestación eficiente”, que debe estar asegurada por el Estado, especialmente en lo que tiene que ver con los servicios públicos domiciliarios (artículo 365 CP.). La Constitución ordena al legislador establecer

una regulación cada vez más generalizada del control de calidad de los bienes y los servicios que son ofrecidos en el mercado. De no existir una norma técnica oficial, los bienes y los servicios deben ajustarse a las especificaciones de calidad registradas o definidas en su licencia de producción².

3. Reconociendo el derecho a una especial información, del cual son titulares consumidores y usuarios, el Constituyente faculta al legislador para que reglamente los datos que deben brindarse en el momento de ofrecer los bienes y los servicios. Se refiere esta norma tanto a la publicidad —con el fin de evitar que se incurra en la distorsión del producto o en el engaño—, como a los datos e indicaciones que acompañan a los bienes en su cuerpo o en su empaque, y a las cláusulas de los contratos de servicios. Esta facultad de regulación nace de la necesidad de que las personas cuenten con una información suficiente que les permita conocer qué compran y a qué precio, y hacer comparaciones entre las ofertas existentes en el mercado, como también en la conveniencia de advertir a los consumidores los peligros que se pueden derivar de la naturaleza de ciertos productos, y las precauciones que deben tomarse en su manipulación, almacenamiento y uso³. Resultan también importantes para consumidores y usuarios los derechos a informar y a ser informados, así como el derecho a la educación, pues para la defensa de sus intereses es crucial la divulgación de los criterios y conocimientos relacionados con esta problemática⁴.

² Decreto 3466 de 1982, arts. 3 a 13.

³ Decreto 3466 de 1982.

⁴ Decreto 3466 de 1982, art. 23.

¹ Decreto 3466 de 1982, art. 1, lit. f.

4. Condicionándolo a su desarrollo legal, la Constitución prevé un régimen de responsabilidad al que estarán sujetos todos aquellos que, tanto en la fase de producción como en la comercialización de bienes y servicios, causen algún daño a la salud de consumidores o usuarios, atenten contra su seguridad u obstaculicen su normal abastecimiento. De esta manera, las personas tienen derecho a exigir de los particulares y del Estado que cesen aquellas conductas que, como la especulación y el acaparamiento, están orientadas a impedir el acceso a bienes y servicios de los que pueda depender su supervivencia o el normal desarrollo de sus actividades cotidianas. Se contempla también el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios, con base en las normas de calidad oficiales o registradas, o la simple demostración del daño⁵. En lo que se refiere al abastecimiento de alimentos, en la búsqueda de la eficacia de este derecho concurre la obligación del Estado de ofrecer una protección especial a los agricultores (artículos 65 y 66 CP.). La vigencia de este derecho podría verse limitada en los casos derivados del ejercicio legítimo del derecho de huelga.

5. Para la protección de los derechos de consumidores y usuarios, a la responsabilidad originada en la interferencia en su normal abastecimiento se suma el deber del Estado como director general de la econo-

mía de intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos, con el fin de lograr que todas las personas, en especial las de menores ingresos, accedan a bienes y servicios básicos (artículo 334 CP.). Por lo tanto puede afirmarse que las obligaciones del Estado en relación con la garantía de los derechos de consumidores y usuarios no se limitan a la regulación de los aspectos atinentes a la calidad de los productos, sino que se extienden a la promoción del acceso a bienes y servicios a los que las personas no puedan alcanzar. Uno de los mecanismos adecuados para lograr este objetivo es la facultad estatal de dar subsidios a personas de menores ingresos para que se beneficien de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368 CP.). En este punto, la vigencia de los derechos de los usuarios se confunde con la realización del postulado de la justicia social.

6. En la búsqueda de la consolidación de la democracia participativa, la Constitución contempla el derecho de representación de las organizaciones de consumidores y usuarios, el cual les permite actuar en su nombre en los procesos judiciales, y obliga a las autoridades estatales a garantizar su intervención en el estudio de las disposiciones –sean legales, reglamentarias o administrativas del orden nacional, regional o local– que guarden relación con sus derechos e intereses, en especial de aquellas que definan tarifas. En la reglamentación de los procedimientos para la fijación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios ha de preverse el derecho a la participación de las asociaciones de consumidores y

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 9, 88, 103, 334, 365, 366, 367, 368, 369, 370.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 34, col.2)

Primer Debate, (G.C., N° 109, pág. 7, col.3)

Comisión Codificadora, artículo 79 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 19 y abril 8

Comisión V : abril 12, 16 y 18

Plenaria : junio 10, 14 y 29

Comisión codificadora: junio 22

⁵ Para un mejor conocimiento de las razones que están en la base de este artículo constitucional puede verse la intervención de la Confederación Colombiana de Consumidores, ante la Asamblea Nacional Constituyente. Presidencia de la República-CIS, Transcripción de los debates de la ANC, Comisión I, marzo 19.

LEGISLACION

Ley 155 de 1959, Decreto 3307 de 1963, decreto 2461 de 1971
 Ley 73 de 1981
 Decreto 1441 de 1981
 Decreto 3466 de 1982,
 Decreto 1842 de 1991
 Ley 29 de 1992
 Ley 142 de 1994
 Ley 143 de 1994
 Código Penal, artículos 229, 230, 231, 232 y 234
 Código de Procedimiento Civil, artículo 43 y Título XXIII, Libro III

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS

1992
 T-406, T-408, T-411,
 T-540, T-571, T-604

1993
 T-225, C-379, T-383,
 T-418, C-488, T-597

1994
 C-180, T-322, T-422,
 C-519

1995
 C-053, C-328, C-401,
 C-524, C-585

1996
 C-021

usuarios (artículos 338 y 369 CP). En desarrollo del principio democrático y en búsqueda de una democracia social, la Carta exige que la actuación de estas organizaciones se ajuste a procedimientos democráticos, así como también su organización interna⁶.

7. La Constitución ha dedicado un capítulo específico al tema de los servicios públicos domiciliarios llamando al legislador a establecer un régimen especial de derechos y deberes de los usuarios, en el que se prevean medidas para su protección y se garantice su participación en las decisiones de las empresas que los presen. A la vez, entrega al Presidente la función de señalar políticas de control y eficiencia, y de ejercer su inspección y vigilancia a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículos 365 a 370 CP). Los servicios públicos domiciliarios son aquellos cuya prestación es recibida en la vivienda o en el lugar de trabajo de los usuarios, entre los que se cuentan los de aseo, luz, teléfono, agua, gas y alcantarillado. De acuerdo con la nueva Constitución de su prestación pueden encargarse empresas oficiales, privadas o mixtas y comunidades organizadas. Además de los derechos de los consumidores, en el régimen de los servicios públicos domiciliarios concurren los fines sociales del Estado de asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida (artículo 366 CP), y la garantía de derechos fundamentales como la vida y la salud⁷.

⁶ Decreto 1441 de 1981.

⁷ Sobre este tema puede verse Jaime Córdoba Triviño, *Calidad de atención a los usuarios de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios*, Medellín, Defensoría del Pueblo-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995.

8. La legislación colombiana contempla distintos mecanismos de protección de los derechos de los consumidores. Así, el Estatuto del consumidor⁸ contiene procedimientos de carácter administrativo y judicial en orden a garantizar por parte de productores, expendedores, distribuidores e importadores el cumplimiento de sus obligaciones relativas a marcas, leyendas y propaganda; fijación pública de precios; exactitud de pesos y medidas; salud y seguridad; garantía, calidad e idoneidad; crédito y financiación. También de escasa o nula eficacia existe un régimen de protección penal, pues se han tipificado como delitos las conductas de acaparamiento, especulación, alteración de calidad, cantidad y peso, daño en materia prima o en producto agropecuario o industrial y pánico económico⁹. El Código de Procedimiento Penal prevé una acción civil para la reparación de daños, de carácter individual o colectivo, que puede ejercitarse en el proceso penal o ante la jurisdicción civil¹⁰.

Con escasos resultados hasta el momento, existen además acciones civiles para la protección de los derechos de los consumidores¹¹. En su ejercicio se puede acudir al proceso directamente, mediante apoderado o a través de una liga de consumidores, en busca de una indemnización por daños y perjuicios. Es posible acumular las pretensiones de varias personas que

⁸ Ley 73 de 1981, Decreto 1441 de 1981 y Decreto 3466 de 1982. Son también pertinentes la Ley 155 de 1959 y los decretos 3307 de 1963 y 2461 de 1971.

⁹ Código Penal, arts. 229, 230, 231, 232 y 234.

¹⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 43.

¹¹ Código de Procedimiento Civil, Título XXIII, Libro III.

persigan del demandado prestaciones similares, y es procedente el emplazamiento de todas las personas que tengan derechos derivados de hechos similares a los de la demanda, de tal manera que la sentencia favorable aprovechará no sólo a los intervinientes, sino también a las personas emplazadas, inclusive a aquellas que no concurrieron al proceso¹².

9. La creación de “necesidades artificiales” y los abusos de la información comercial en la sociedad contemporánea aconsejan el establecimiento de mecanismos jurídicos de protección de las personas frente al consumismo, en la perspectiva de una especie de “derecho a no consumir”, como podrían ser, entre otros, las restricciones a la publicidad que se introduce de manera subrepticia en la vida íntima de las personas.

¹² En este apartado he tenido en cuenta el exhaustivo ensayo de Alejandro Bañol Betancurt, “Mecanismos de protección de los derechos de los consumidores”, en: Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos, *Acciones populares y de grupo*, Bogotá, Defensoría del Pueblo-Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 49 y ss.

Artículo 79

*Todas las personas tienen
derecho a gozar de un
ambiente sano. La ley
garantizará la
participación de la
comunidad en las
decisiones que puedan
afectarlo.*

*Es deber del Estado proteger
la diversidad e integridad
del ambiente, conservar las
áreas de especial
importancia ecológica y
fomentar la educación para
el logro de estos fines.*

1. Entre los rasgos que caracterizan la Edad Moderna se halla la reacción contra el sometimiento de los seres humanos a los embates de la naturaleza y la consecuente exaltación de la capacidad humana de disponer de ella con el fin de satisfacer sus necesidades. Sin embargo, cinco siglos de desarrollo científico y técnico han dejado entre otros resultados el deterioro notable del ambiente. Siendo una de las condiciones indispensables de la vida de las personas, la destrucción de la naturaleza pone en peligro la existencia de comunidades e inclusive de la especie humana.

2. En busca de la protección de la naturaleza, la Constitución ha hecho reconocimiento del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, en concordancia con el Protocolo de San Salvador o Protocolo adicional a la Convención americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que en su artículo 11.1 establece: "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano", y en su artículo 11.2: "Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

Los titulares del derecho reconocido en este artículo constitucional son las personas, puesto que su garantía tiene por objeto asegurar las condiciones necesarias para la supervivencia de la especie, el mantenimiento de un nivel de calidad de vida, el desarrollo integral de los individuos y el progreso material de la sociedad.

3. Durante las deliberaciones de la Constituyente se habló también del ambiente como "patrimonio de las

generaciones futuras"¹. Intimamente relacionado con el concepto de desarrollo sostenible, el traslado de la titularidad de este derecho a personas que no existen en el presente no deja de ser *sui generis* en el derecho constitucional contemporáneo², pero tiene en su origen sólidos fundamentos. La explotación de los recursos naturales, orientada por el objetivo de la máxima rentabilidad ha conducido a que la mengua de los ecosistemas sea mayor a su posibilidad de recuperación, afectándolos de manera considerable, inclusive en algunos casos hasta su agotamiento o devastación. Ello ha puesto en evidencia el carácter limitado de lo que nos brinda el ambiente y ha hecho patente la posibilidad de que las sociedades del Siglo XXI no cuenten con los recursos suficientes para la satisfacción de sus necesidades básicas y para seguir adelante con las tareas del desarrollo. De ahí que sea razonable reconocer a nuestros hijos, y a los hijos de nuestros hijos, derechos sobre los recursos naturales y que, en consecuencia, no exista sobre éstos plena disponibilidad en el presente. No resulta admisible entonces que las generaciones actuales puedan privar de los elementos indispensables para asegurar la vida y el progreso de las generaciones del futuro.³

¹ Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución - CIS, Transcripción de las sesiones de la ANC, Plenaria, mayo 16.

² Acogiendo reflexiones de la ética contemporánea durante la Constituyente se planteó inclusive que los derechos ambientales eran "de la naturaleza misma", lo cual abre nuevas posibilidades de interpretación en el derecho constitucional colombiano. Ibid.

³ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, Sentencia T-411/92, MP. Alejandro Martínez. Por su parte el artículo 3 de

4. El derecho a gozar de un ambiente sano significa en primer lugar la posibilidad de tomar de él lo que es necesario para la vida de las personas. Respirar un aire puro, hacer uso del agua apta para el consumo humano, y alimentarse de los frutos que da la naturaleza son algunos de los momentos en los que los recursos de la naturaleza hacen posible la supervivencia y una vida digna.

5. El derecho a un ambiente sano tiene también un carácter patrimonial debido a que la explotación de los recursos naturales produce riqueza, como en el caso del petróleo y de los yacimientos de metales preciosos y de minerales. Así mismo, la biodiversidad tiene hoy insospechado valor económico y gran importancia estratégica para la tecnología y el desarrollo, por lo cual su uso debe estar sometido a especiales reglamentaciones. El artículo 1 numeral 2 de la Ley 99 de 1993 establece que “la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.” Es urgente por lo tanto la reglamentación de esta normatividad con el fin de evitar una nueva expoliación de nuestras riquezas por parte de las grandes potencias y las compañías multinacionales. A su vez es necesario acompañar tales medidas con el desarrollo –dentro de la investigación científica, la tecnología y la industria nacionales– de un sector de ingeniería genética, física y química, especializados en esta materia, que permita al país aprove-

char estos recursos por su propia cuenta, como lo ha planteado el científico Manuel Elkin Patarroyo (ver comentario al artículo 80). Del carácter patrimonial del derecho al ambiente también se deriva la previsión del pago de regalías en favor del Estado como contraprestación económica a la explotación de recursos naturales no renovables (artículo 360 CP.). Los ingresos derivados de las regalías tienen, entre otros destinos fijados por la Constitución, su inversión en la preservación del ambiente (artículo 361 CP.).

6. En este sentido, el derecho al ambiente no se limita a la posibilidad de su disfrute, sino que sobre él la comunidad tiene también un derecho de propiedad. Así lo previó la primera redacción del artículo constitucional comentado: “El ambiente es patrimonio colectivo y público de todos los colombianos.”⁴ La definición del derecho al ambiente como un derecho colectivo de propiedad fue excluida de este artículo debido a que, según lo explicó el delegatario ponente, era innecesaria pues ya se había incorporado a otras normas⁵, entre ellas el actual artículo 8 de la Constitución, que coloca a la Nación como dueña de las riquezas naturales que existen en su territorio, y algunos artículos que hacen parte del régimen económico. Así el artículo 322 CP. señala al Estado como único propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, en concordancia con el artículo 102 CP., según el cual el territorio, con todos los bienes públicos que

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 7, 8, 63, 67, 80, 81, 88, 95 n.8, 277 n.4, 289, 300 n.2, 310, 317, 330 n.5, 331, 332, 333, 334, 339, 360, 361.

la Ley 99 de 1993 contempla “el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo [al ambiente] para la satisfacción de sus propias necesidades.”

⁴ Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución - CIS, Transcripción de las sesiones de la ANC, Comisión V, abril 11.

⁵ Ibid.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1
(G.C., N° 83, pág. 34, col. 1)
Primer Debate, artículo 3
(G.C., N° 109, pág. 8, col. 1)
Comisión Codificadora,
artículo 80 (G.C., N° 113,
pág. 6)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: abril 8
Comisión V: abril 11, 12, y
18
Plenaria: mayo 16 y 20, ju-
nio 8, 10 y 29

de él forman parte, pertenece a la Nación.

La definición constitucional del derecho de propiedad colectiva sobre los recursos naturales que hayan adquirido un carácter patrimonial permite avanzar de mejor manera en el establecimiento de límites y condiciones para su explotación. Siendo los recursos naturales el principal activo de los países de América Latina, la titularidad nacional sobre los mismos disminuye los riesgos de empobrecimiento que se derivan de una explotación en que primen los intereses privados o extranjeros. La autonomía de los pueblos en materia ambiental tiene también respaldo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevén en sus artículos 1.1 y 1.2 que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y que, para el logro de sus fines, pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

7. También el disfrute del paisaje es parte del contenido del derecho a gozar del ambiente. El paisaje es un recurso natural pues tiene una connotación económica y su deterioro puede producir cuantiosas pérdidas a industrias como el turismo. La Corte Constitucional tuteló el derecho al ambiente sano velando por integridad de una “zona paisajística ambiental”. Posteriormente la Ley 99 de 1993 estableció en su artículo 1 n.8: “El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido”⁶.

⁶ Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución - CIS, Transcripción de

8. El derecho a gozar de un ambiente sano comprende por otra parte la facultad de las personas de exigir al Estado y a los particulares, mediante la acción política o por las vías judiciales o administrativas, un comportamiento que no conduzca al deterioro del ambiente y, en caso de presentarse, la posibilidad de promover, por las mismas vías, la suspensión de las conductas lesivas y el restablecimiento o la reparación del derecho. Ha dicho también la jurisprudencia que el derecho a un ambiente sano puede ser violado aun cuando no exista un daño, cuando las autoridades incumplan las obligaciones relativas a su protección⁷.

9. En concordancia con el principio democrático, el artículo 79 contempla el derecho a la participación ciudadana para la protección del ambiente, en concordancia con los artículos 38 y 40 CP., que contemplan los derechos de asociación y los derechos políticos. Todas las personas y las organizaciones sociales tienen derecho a intervenir en las decisiones que puedan afectar el ambiente –entre ellas las de orden administrativo o legislativo, en todos los niveles de la organización del Estado–. Las experiencias europea y norteamericana han mostrado cómo el concurso de la sociedad civil redundó en una más efectiva protección del ambiente, frente a las limitaciones y a la falta de voluntad de los organismos estatales responsables.

las sesiones de la ANC, Comisión V, abril 11. Corte Constitucional, Sentencia T-451/92, MP. Ciro Angarita.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-415/92, MP. Ciro Angarita.

Para el desarrollo de este derecho el legislador está en la obligación de consagrar los respectivos mecanismos de participación, y las autoridades deben informar a la comunidad sobre las distintas decisiones a tomar en este campo⁸, y deben promover la participación de la comunidad en ellas (artículo 2 CP.), inclusive si no existe un mecanismo especial previsto para tal fin. La Ley 99 de 1993, en sus artículos 69 a 75, ha previsto entre otros los siguientes mecanismos de participación en las decisiones ambientales: derecho a intervenir en procedimientos administrativos, audiencias públicas administrativas, derecho de petición de informaciones, y consulta a representantes de comunidades indígenas y negras⁹.

10. Además de estas vías típicamente políticas, el derecho a un ambiente sano cuenta para su protección con la participación de la ciudadanía a través del ejercicio de distintas acciones judiciales contempladas en la Constitución y las leyes. La nueva Carta dio relevancia constitucional a las acciones populares para la protección de los derechos colectivos, entre ellos el ambiente (infra, Artículo 88). A tra-

vés de estas acciones puede prevenirse el daño del ambiente o impedir que continúe su destrucción, pero no permite la obtención de la indemnización correspondiente. En varias oportunidades se ha frustrado el desarrollo legal de las acciones populares debido a la falta de compromiso de los sectores mayoritarios del Congreso y de los gobiernos Gaviria y Samper, y a la intervención ante los legisladores de sectores económicos poderosos contra los cuales estas acciones podrían dirigirse. Un proyecto de ley fue finalmente aprobado en el primer período legislativo de 1997.

11. La acción de tutela puede ser usada para su protección del derecho colectivo al ambiente, siempre que de su amenaza o daño se derive un peligro inminente o el deterioro de un derecho fundamental como la vida, la integridad personal o la salud, caso en el cual el juez debe proceder a salvaguardar ambos derechos. En los casos en que se tutele el derecho al ambiente por tener conexidad con un derecho fundamental es necesario que el peticionario sea la persona directamente afectada¹⁰.

El ambiente y los demás derechos colectivos también pueden ser objeto de tutela de manera autónoma, cuando se trate de impedir un perjuicio irremediable, de acuerdo con el artículo 6 numeral 3 del Decreto 2591 de 1991. Al ocuparse de una solicitud de tutela planteada en este sentido por un vecino de barrio, la Corte Constitucional consideró como perjuicio irremediable la contaminación de los nacimientos de agua y los efectos

LEGISLACION

Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Ambiente, Ley 9 de 1979
Código Minero, Decreto 2400 de 1989
Ley 12 de 1992
Ley 29 de 1992
Ley 51 de 1993
Ley 55 de 1993
Ley 70 de 1993
Ley 80 de 1993
Ley 90 de 1993
Ley 99 de 1993
Ley 101 de 1993
Ley 105 de 1993
Ley 115 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 139 de 1994
Ley 141 de 1994
Ley 142 de 1994
Ley 152 de 1994
Ley 160 de 1994
Ley 162 de 1994, Decreto 1600 de 1994
Decreto 1734 de 1994
Decreto 1753 de 1994
Decreto 1768 de 1994
Ley 299 de 1996
Decreto 2138 de 1996

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-067/93, Ms. Ps. Fabio Morón y Ciro Angarita.

⁹ Dispersos en el régimen legal colombiano existen varios cuerpos normativos en los que se da cabida a la participación ciudadana en asuntos ambientales: Ley 70 de 1993 (Derechos de las comunidades negras), Ley 80 de 1993 (Estatuto de la contratación administrativa), Ley 101 de 1993 (Sobre desarrollo agropecuario y pesquero), Ley 105 de 1993 (Sistema nacional de transporte), Ley 115 de 1994 (Sobre régimen municipal), Ley 142 de 1994 (Régimen de los servicios públicos domiciliarios), Ley 152 de 1994 (Ley orgánica del plan de desarrollo), Ley 160 de 1994 (Sobre reforma agraria).

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-405/93, MP. Hernando Herrera.

JURISPRUDENCIA

**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-406, T-408, T-411,
T-415, T-451

1993

T-067, C-216, T-225,
T-229, T-231, T-251,
T-257, T-308, T-318,
C-337, T-366, T-380,
T-383, T-414, T-418,
T-469, T-471, C-530.

1994

T-014, T-028, C-058,
C-059, C-071, T-171,
C-176, T-206, T-210,
T-219, T-420, T-422,
C-423, T-431, T-437,
T-469, T-500, C-519,
T-523, T-572.

1995

C-053, T-062, C-073,
C-178, T-220, T-284,
C-295, C-305, C-328,
T-379, C-401, C-447,
T-547, C-585.

1996

T-087, C-137, T-257,
C-260, T-267, C-359,
C-433, C-534, T-574.

nocivos para la salud de los habitantes de un sector causados por la puesta en funcionamiento de un relleno sanitario¹¹.

Algunas decisiones de la Corte Constitucional anteriores a la sentencia de unificación de jurisprudencia T-067/93 habían considerado al ambiente como un derecho fundamental en sí mismo, basándose en el argumento de la necesidad de la protección del ambiente en el contexto contemporáneo en el que la industrialización y la urbanización causan perjuicios muy graves y ponen en peligro a las comunidades, y en el hecho de su reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos. El carácter fundamental del ambiente se determinaría en esta perspectiva en cada caso concreto y permitiría la tutela del ambiente de manera directa¹².

12. Con las limitaciones derivadas de su falta de celeridad, para la protección del ambiente puede hacerse uso de las acciones populares contempladas en las normas de rango legal anteriores a la promulgación de la Carta

del 91, las cuales no han sido ejercitadas de manera extendida debido, entre otras razones, a su poco conocimiento. Entre ellas cabe mencionar por sus amplias posibilidades de protección de este derecho la acción popular en favor de los bienes de uso público, de carácter preventivo e indemnizatorio (artículo 1005 del Código Civil)¹³, la acción popular de daño contingente –de naturaleza preventiva– (artículo 2359 del Código Civil)¹⁴; y la acción popular contra obra nueva o antigua que dañe el aire (artículo 994 del Código Civil, en concordancia con los artículos 988 y 993 del mismo).

13. Para la reparación de los daños causados al ambiente se han previsto en la Constitución las acciones de grupo o clase (Infra, Artículo 88). Este fin también puede lograrse en los casos de responsabilidad civil objetiva definidos por la ley (artículo 88 CP.), la cual podrá reclamarse a través de las acciones ordinarias de responsabilidad extracontractual, ante la juris-

¹¹Sentencia T-092/93, MP. Simón Rodríguez. También puede verse Corte Constitucional, Sentencia T-437/92, MP. José Gregorio Hernández.

¹²Vide. Corte Constitucional, Sentencia T-411/92, MP. Alejandro Martínez, y Sentencias T-415/92 y T-428/92, MP. Ciro Angarita. Puede consultarse también el salvamento de voto parcial del magistrado Ciro Angarita a la sentencia de la Corte Constitucional T-067/93 citada, y el análisis de la sentencia hecha por el mismo magistrado, publicado bajo el título de “La protección del derecho a un ambiente sano. Análisis jurisprudencial”, en: Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos, *Acciones populares y de grupo*, Bogotá, Defensoría del Pueblo-Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, págs. 21 y ss.

¹³La Ley de reforma urbana (Ley 9 de 1989, artículo 8) estableció que esta acción puede usarse en favor del ambiente. El Decreto 2400 de 1989, artículos 5 y 6, establece que puede utilizar esta acción toda persona pública o privada “que haya sido afectada o pueda ser afectada por un determinado medio ambiente”. Según la Corte Constitucional (Sentencia T-471/93, MP. Vladimiro Naranjo), esta acción puede ser ejercida por la municipalidad y por cualquier habitante del pueblo.

¹⁴A este respecto puede consultarse Germán Sarmiento Palacio, *Las acciones populares en el Derecho Privado Colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1988. Y del mismo autor “Mecanismos constitucionales para la protección del medio ambiente en Colombia”, en *Revista de Política y Derecho Ambientales en América Latina y el Caribe*, Volumen I, No. 2, 1994, págs. 116 a 118.

dicción ordinaria o especializada, o mediante las acciones de clase y la acción de tutela.

14. La ley ha desarrollado la acción de cumplimiento en el campo del ambiente, estableciendo que cualquier persona natural o jurídica puede demandar el acatamiento de leyes o actos administrativos relacionados de manera directa con este tema, a través de un procedimiento de naturaleza civil, y ante el tribunal contencioso-administrativo competente. En este proceso la ley o acto administrativo que se busca hacer cumplir obra como “título ejecutivo”, y no se requiere demostrar perjuicio alguno al ambiente o a las personas. Esta es una acción de carácter imprescriptible y la decisión final en que desemboca consiste en una orden del juez dirigida a la entidad administrativa correspondiente¹⁵. No obstante, esta no parece ser la vía procedimental más adecuada y rápida para lograr el cumplimiento de las leyes. Una reelaboración de estas normas le corresponde hacer a la reglamentación general de las acciones de cumplimiento todavía en discusión en el Congreso.

15. Las vías de protección administrativa o policiva del ambiente se encuentran reguladas principalmente en el Código de Recursos Naturales¹⁶. Entre ellas cabe hacer mención de las atribuciones de policía que la ley otorga al Ministerio del Medio Ambiente, y a las corporaciones y municipios, a tra-

vés de las cuales se pueden imponer y ejecutar medidas de policía, multas, y sanciones¹⁷.

16. La nueva Carta contempla múltiples estrategias para hacer efectiva la protección del ambiente. De esta manera no sólo existe el derecho a un ambiente sano, sino que también el constituyente ha previsto el deber de los particulares y de la comunidad de proteger las riquezas naturales y de velar por la conservación del ambiente (artículos 8 y 95 n.8 CP.).

17. La Constitución hace énfasis en las obligaciones del Estado en relación con la protección de este derecho. Según el artículo 49 el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado. Así mismo, de acuerdo con el artículo 366, el mejoramiento de la calidad de vida y el saneamiento ambiental son finalidades sociales del Estado. El artículo 79 comentado contempla en su inciso final tres deberes específicos del Estado en relación con el ambiente. En primer lugar define el deber estatal de conservar el ambiente como la obligación de proteger la biodiversidad (supra).

La diversidad biológica es definida como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos, y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.”

La especial importancia que comienza tener este tema en la política



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.1

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 1.2 y 12

Protocolo de San Salvador, artículo 11

Convenio de Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica
Convención sobre los derechos del niño, artículo 29

¹⁵ Ley 99 de 1993, artículos 77 a 82. Sobre este tema puede verse el estudio de Manuel Ricardo Nancía, *Acciones de cumplimiento ambiental*, Medellín, Defensoría del Pueblo-Biblioteca Jurídica DIKE, 1995.

¹⁶ Ley 23 de 1973 y Decreto 2811 de 1974.

¹⁷ Ley 99 de 1993, art. 83.

y la economía del país amerita citar en extenso lo que ha expresado la Corte Constitucional sobre el potencial biológico que existe en Colombia:

“Países como Colombia, catalogados como ‘megabiobiosdiversos’ no pueden darse el lujo de anular una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la diversidad biológica. En muchos casos esta ventaja es absoluta cuando se trata de especies endémicas, es decir únicas y no repetidas en lugar alguno del planeta (...).

“Colombia es uno de los 13 países del Planeta que concentran el 60 por ciento de la riqueza biológica. Ellos incluyen además Brasil, México, Perú, Australia, China, Ecuador, India, Indonesia, Madagascar, Malasia, Venezuela y Zaire. Nuestro país reúne aproximadamente el 10 por ciento de todas las especies animales y vegetales del globo, aunque representa menos del 1 por ciento de la superficie terráquea. Esta característica ubica al país en uno de los primeros lugares en diversidad de especies por unidad de área, y número total de especies.

“Un tercio de las 55.000 especies de plantas de Colombia son endémicas, lo que se considera una riqueza sin igual, equivalente al 10% del total identificado. El país cuenta, por ejemplo, con el 15% de las especies de orquídeas clasificadas mundialmente; con más de 2.000 plantas medicinales identificadas y con un número elevado de especies de frutos comer-

ciales, silvestres o apenas localmente cultivados, que son comestibles o que pueden llegar a ser utilizados por el mejoramiento genético de especies cultivadas.

“En el país se han clasificado 338 especies de mamíferos, lo que representa un 8% del total de las conocidas en el Planeta; el 15% de las especies primates vivientes; 1.754 especies de aves (18%); y casi 3.000 vertebrados terrestres (...).

“Asímismo, nuestro país, de acuerdo con el Instituto Smithsonian, cuenta con la que ha sido catalogada como la región de mayor diversidad biológica del mundo. En efecto, el Pacífico colombiano posee un considerable número de recursos endémicos y de material genético que se constituye en una de las más importantes alternativas de desarrollo en diferentes campos como, por ejemplo, la medicina y la farmacéutica. Sobre el significativo papel que representa esta región, esta Corte estima conveniente citar apartes de la exposición de motivos del señor ministro de Relaciones Exteriores al presentar ante el H. Congreso de la República el Protocolo para la conservación y administración de áreas marinas y costeras del Pacífico Sudeste:

“En otras palabras, como la región que por su complejo histórico geológico, climático, ambiental, topográfico, hídrico y fisiográfico permiten uno de los fenómenos más singulares del orbe, cual es la enorme y mayor diversidad de especies de fauna

y flora. Así por ejemplo, las últimas investigaciones realizadas indican para el área que existen más de 250 especies de árboles por hectárea, más de 1.000 toneladas de biomasa vegetal por hectárea que en proceso natural de reciclaje permite la exuberancia de las selvas húmedas y pluviales de esta pequeña porción del trópico. En el área se registra así mismo una increíble diversidad de especies animales, especialmente insectos que llega a ser tan significativa y poco equitativa con relación a otras regiones del mundo que se ha comprobado que en un solo árbol (con porte mayor a los 50 metros de altura) existen más insectos que en todas las islas británicas (...).

‘En el Chocó colombiano se han registrado, así mismo, las mayores precipitaciones pluviométricas del mundo, llegando incluso por encima de los 13.500 mm., que conjuntamente con la condición de los suelos y la abrupta topografía hacen de la región un sector muy vulnerable a los procesos de degradación ambiental (...).

‘Los arrecifes coralinos, las praderas de pastos submarinos, el manglar y las asociaciones de Caunajal y Sagal resultan ser una cadena de procesos ecológicos vitales y de mayor importancia mundial para la productividad ictiológica. Así por ejemplo, estos ecosistemas referidos, explican las 2/3 partes de la pesca a nivel mundial y su ubicación como escenario ambiental se restringe a la franja tropical del planeta donde se localizan”.

Y agrega la Corte refiriéndose a América Latina y el Caribe:

“La información contenida en los seres vivos ha pasado a tener una importancia científica y económica extraordinaria, ya que abre un espectro de posibilidades muy amplias de desarrollo tecnológico. La variabilidad genética y el material germoplástico de las especies pueden aportar contribuciones importantísimas para la agricultura, por vía del aumento en su productividad para la medicina y para la industria en general, por valor de varios millones de dólares anualmente. Esto configura claramente un campo en el cual Latinoamérica y el Caribe podrán aprovechar sus ventajas comparativas en la medida en que la amplitud de su biodiversidad facilite la competencia con los países industrializados”¹⁸.

18. La Constitución contempla también un régimen especial de protección de las áreas de mayor importancia ecológica, entre las cuales están las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua, las zonas de recarga de acuíferos, de reserva forestal, las zonas marinas, costeras, las playas, ciénagas, pantanos, lagos, lagunas y demás ecosistemas hídricos continentales¹⁹.

Entre las medidas que pueden adoptar las autoridades con el objeto

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-519/94, MP. Vladimiro Naranjo. La información usada en esta providencia fue tomada del informe *Nuestra propia agenda* de la Comisión de Desarrollo y Medio Ambiente de América Latina y el Caribe.

¹⁹ Ley 99 de 1993, arts. 1 n. 4 y 5 ns. 8 y 24.

de proteger algunas de estas zonas se encuentra la expropiación, que tiene hondo arraigo en la historia constitucional colombiana. Dentro del proceso de evolución del derecho de propiedad en el constitucionalismo colombiano, a su concepción como una función social introducida en la reforma de 1936, se sumó en la Constitución de 1991 la consagración de una función ecológica que le es inherente (artículo 58). Interés público y función ecológica están a la base de la adquisición por el Estado de determinadas áreas, mediante la enajenación voluntaria o la expropiación, y de la imposición de obligaciones sobre la propiedad como las servidumbres. A este respecto son considerados motivos de utilidad pública la ejecución de obras públicas para la protección del ambiente, la formación de parques nacionales naturales, la ordenación de cuencas hidrográficas y la consecución de los recursos hídricos que surtan los acueductos²⁰. La ley considera función prioritaria del Ministerio del Medio Ambiente definir las políticas ambientales para la preservación de los ecosistemas de la Amazonía y el Chocó²¹.

19. Dentro de las estrategias de solución de los problemas ambientales es necesario mejorar la conciencia de los individuos y de las organizaciones sociales en relación con sus características, las posibilidades de acción y la normatividad pertinente. El interés por el ambiente es reciente y apenas está presente en ciertos sectores de la sociedad. Son comunes también las visiones alejadas de la complejidad de esta problemática y de las múltiples causas que están en

su origen. De ahí la importancia de que el Estado, tal como lo prescribe la Constitución, a través del sistema escolar y de la educación no formal, desarrolle una amplia y permanente labor de pedagogía ecológica. Ello puede redundar en el futuro en una mayor participación de la sociedad civil orientada a la protección del ambiente y a la puesta en marcha de un modelo de desarrollo sostenible.

La ley define como funciones del Ministerio del Ambiente adoptar, junto con el Ministerio de Educación, el pensum relativo al ambiente para los distintos niveles de escolaridad, y promover programas de divulgación y educación no formal²². Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños²³ obliga a los Estados Partes a garantizar que la educación de los niños esté encaminada a inculcar en ellos el respeto por el medio ambiente natural.

²⁰ Ley 99 de 1993, arts. 107, 108 y 111.

²¹ Ley 99 de 1993, art. 5 n.40.

²² Ley 99 de 1993, art. 5 n.9.

²³ Artículo 29.1.e.

Artículo 80

*El Estado planificará el
manejo y aprovechamiento
de los recursos naturales,
para garantizar su
desarrollo sostenible, su
conservación, restauración
o sustitución.*

*Además, deberá prevenir y
controlar los factores de
deterioro ambiental,
imponer las sanciones
legales y exigir la
reparación de los daños
causados.*

*Así mismo, cooperará con
otras naciones en
la protección de los
ecosistemas situados en
las zonas fronterizas.*

1. El Constituyente del 91 estableció en el artículo comentado la obligación del Estado de buscar un desarrollo sostenible. Así, el derecho a un ambiente sano supone el deber del Estado de adoptar un modelo de desarrollo alternativo al que se ha seguido en Colombia, el cual ha sido una de las causas principales del deterioro ambiental.

En el ordenamiento legal colombiano se ha definido como desarrollo sostenible aquel “que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”¹. Se trata de evitar un crecimiento económico basado exclusivamente en la búsqueda del aumento de la productividad y el crecimiento económico, y de imponerle límites condicionándolo a que no agote ni afecte los recursos naturales. No supone ello la existencia de una antinomia insalvable entre ambiente y desarrollo. Se trata de compatibilizar estos dos elementos, o de hacer coexistir los derechos al trabajo, a la propiedad privada, la libertad de empresa y el derecho a un ambiente sano², buscando un uso racional de los recursos naturales.

¹ Ley 99 de 1993, art. 3. Ver también el artículo 1 n. 1 de la misma ley. Sobre el concepto de desarrollo sustentable puede verse Julio Carrizosa Umaña, *La política ambiental en Colombia. Desarrollo sostenible y democratización*, Bogotá, Fondo FEN Colombia-FESCOL-CEREC, 1992, págs. 163 y 174 a 176.

² Corte Constitucional, Sentencia T-411/92, MP. Alejandro Martínez.

Ello exige poner en tela de juicio el concepto de desarrollo hoy dominante, modificar el proceso histórico iniciado ya en la Conquista, marcado por las necesidades del mercado mundial, y transformar las relaciones entre la sociedad y la naturaleza, superando la noción moderna de plena disponibilidad de la humanidad sobre el ambiente, que ha venido conduciendo a su destrucción³. O de manera similar, desde la perspectiva de los indígenas americanos, se trata de comprender el derecho al ambiente no como una facultad para disponer de él sino como la posibilidad de “cuidarlo”, y de asumir la naturaleza como madre.

En consecuencia, el desarrollo del artículo 339 de la Constitución debería conducir a un cambio del modelo de desarrollo pues somete el Plan Nacional de Desarrollo a las directrices de la política económica y social, como a las orientaciones de la política ambiental. La experiencia ha demostrado que un desarrollo alternativo en el que se satisfagan las necesidades básicas y se use una tecnología apropiada, resulta más eficiente en lo social y más económico⁴. Por otra parte, las decisiones derivadas de la inten-

³ Al respecto puede consultarse Berend Hartnagel, *Política ambiental y desarrollo. Un debate para América Latina*, Bogotá, FESCOL-INDERENA-Editorial Presencia, 1986, págs. 15 y 16. También Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución-CIS, Transcripción de las sesiones de la ANC., Comisión V, abril 11 y 18; Plenaria, mayo 16 y 20.

⁴ Harlem Brundtland, “Herencia común, futuro común. Medio ambiente y desarrollo”, en el citado volumen *Política Ambiental y desarrollo. Un debate para América Latina*, pág. 20.

ción de proteger el ambiente no significan una reducción de la competitividad de los países en el espacio del comercio internacional⁵.

Es preciso hacer un esfuerzo por encontrar formas operativas para hacer reales estas disposiciones constitucionales, pues mientras los discursos adquieren un carisma ecologista, el crecimiento económico no está siendo conducido de acuerdo con criterios ambientales. Frente al proceso económico, las iniciativas ambientales permanecen “rezagadas, poco dotadas de recursos y de poder político”⁶, permitiendo que avance la destrucción de la naturaleza como en el caso de la devastación del sistema amazónico.

2. Además de orientar el proceso económico según los parámetros del desarrollo sostenible, de acuerdo con este artículo constitucional el Estado está en la obligación de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, con el fin de garantizar su conservación, restauración o sustitución. El deber de orientar los procesos de planificación económica hacia la conservación del ambiente, previsto a su vez en el artículo 339 de la Constitución, tiene fundamento en la obligación constitucional del Estado de intervenir en la economía con el fin de preservar el ambiente (artículo 334). Para la realización de estos encargos –y con antecedentes que se remontan a la reforma de 1936– la ley puede limitar la libertad económica (artículo 333 CP.), determinar las condiciones de explotación de los recur-

sos naturales no renovables (artículo 360 CP.) y establecer límites al usufructo de la propiedad privada –a la que le es inherente una función ecológica– y a la libertad de empresa (artículos 58 y 33 CP.).

3. En desarrollo del deber de conservar el ambiente, el Estado controlará los factores de deterioro ambiental. A este respecto, el Ministerio del Ambiente debe establecer las normas mínimas a que se sujetará todo servicio o actividad que pueda generar directa o indirectamente daños ambientales, como pueden serlo la minería, la industria, el transporte y la construcción de obras de infraestructura; dictar las regulaciones tendientes a controlar y reducir las contaminaciones hídrica, del paisaje, sonora y atmosférica, y prohibir o establecer límites máximos de descarga o depósito de sustancias que puedan afectar el ambiente (ver comentario al artículo 81). También le corresponde definir las especies y los cupos para el aprovechamiento de bosques, obtención de especímenes de flora y fauna silvestres y pesca, teniendo en cuenta la oferta y la capacidad de renovación de estos recursos⁷.

4. Un especial instrumento de protección del ambiente ha previsto la Constitución en la posibilidad de declarar la emergencia ecológica (artículo 215). La evolución constitucional de la institución de los estados de excepción en Colombia ha conducido a la distinción entre las causas que pueden darle origen, lo cual debería redundar en un uso más específico y menos arbitrario de este mecanismo extraordinario. A la creación de la

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 7, 8, 63, 67, 79, 81, 88, 95 n.8, 277 n.4, 289, 300 n.2, 310, 317, 330 n.5, 331, 332, 333, 334, 339, 360, 361.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión II, artículo 34 (G.C., N° 83, pág. 14)
Comisión V, artículo 2 y 3 (G.C., N° 83, pág. 34, col. 2)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 81 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión V: abril 11, 12, y 18
Plenaria: mayo 16 y 20, junio 10 y 29

⁵ CEPAL, Notas sobre la economía y el desarrollo, N° 574/575, abril de 1995, pág. 4.

⁶ Ibid., pág. 2.

⁷ Ley 99 de 1993, art. 5 ns. 10, 11, 25 y 42.

LEGISLACION

Código de Recursos Naturales
Código Civil, artículo 1005
Código Penal, artículos 242 a 247
Ley 12 de 1992
Ley 29 de 1992
Ley 55 de 1993
Ley 90 de 1993
Ley 99 de 1993
Ley 140 de 1994
Ley 141 de 1994
Ley 164 de 1994
Ley 165 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-408, T-411, T-451, T-566

1993
T-216, T-225, T-231, T-251, T-318, T-366, T-380, T-469, C-531.

1994
T-014, T-028, C-059, C-071, C-176, T-206, C-223, T-422, C-423, T-437, C-519, T-523, T-572.

1995
C-073, C-178, C-205, T-284, C-295, C-305, C-328, T-379, C-401, T-621.

1996
C-191, T-257, C-262, T-267, C-362, C-495, C-535, T-574.

emergencia económica en la reforma constitucional de 1968, se sumaron en la Carta del 91 la emergencia social y la emergencia ecológica. Esta última podría ser declarada cuando hechos distintos a los que pueden dar lugar al estado de guerra exterior o a la conmoción interior, se presenten de manera imprevista y perturben en forma grave el orden ecológico del país, o lo amenacen de manera inminente, o constituyan grave calamidad pública. En estos casos el gobierno podría adoptar a través de decretos con fuerza de ley medidas tendientes a enfrentar una amenaza de grave crisis ecológica o un desastre natural, y establecer tributos o modificar los existentes, con el fin de financiar las acciones de urgencia. Con el fin de prevenir tragedias ecológicas se le ha encomendado al Ministerio del Medio Ambiente la función de evaluar y controlar los factores de riesgo⁸.

5. Con el objeto de evitar el deterioro del ambiente la ley contempla como delitos aquellas conductas que causen notable deterioro al ambiente⁹, y prevé sanciones administrativas y policivas cuando corresponda¹⁰ (supra, artículo 79). Así mismo, en desarrollo de la disposición constitucional que asigna al Estado el deber de exigir la reparación de los daños causados, la ley faculta a las municipalidades para ejercer las acciones populares previstas en el artículo 1005 del Código Civil (supra, artículo 79), y prescribe que estas deben ser notificadas al Ministerio del Medio Ambiente, el cual emitirá concepto so-

bre cualquier proyecto de transacción entre las partes¹¹.

6. La protección del ambiente sólo será efectiva si las iniciativas nacionales están acompañadas de una estrategia mundial. Unido desde sus orígenes a la explotación de los recursos naturales de las naciones del Tercer Mundo, la dinámica del mercado mundial se traduce en el deterioro ambiental en los países subdesarrollados, entre ellos los de América Latina. Además en estas naciones la pobreza restringe las posibilidades de manejo racional de los recursos naturales. De ahí la necesidad de la modificación de los términos de intercambio económico como requisito para evitar la depredación ambiental.

Como parte de este esfuerzo universal en favor del ambiente, la suscripción y el cumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia resulta indispensable. Por ello resulta criticable la negativa de algunas de las grandes potencias a firmar los acuerdos ambientales, y el limitado esfuerzo de otras por reducir las fuentes de contaminación. Es el caso de la precaria aplicación que ha tenido el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, cuyas emisiones provienen sobre todo de los países mas desarrollados. Por esta razón y con fundamento en el principio de equidad el mayor nivel de exigencia en su control está radicado en los países del norte. A este respecto ha dicho la jurisprudencia que, junto con el principio de equidad, las relaciones internacionales ambientales han de regirse por los principios de reciprocidad

⁸ Ley 99 de 1993, art. 5 n.35.

⁹ Código Penal, arts. 242 a 247.

¹⁰ Código de Recursos Naturales y Ley 99 de 1993, arts. 31 n.17 y 83.

¹¹ Ley 99 de 1993, art. 75.

e igualdad¹², los cuales habrán de interpretarse en concordancia con el respeto de la soberanía nacional y el principio de la autodeterminación de los pueblos, y con los demás principios de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.).

En lo que hace a las medidas de alcance regional, la Constitución permite que el Estado proteja los ecosistemas fronterizos –entre ellos los ecosistemas amazónico y chocoano– a través de acuerdos de cooperación, que podrán adelantar tanto las entidades del orden nacional, como los departamentos y los municipios (artículo 289 CP.).

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.
Convenio de Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica.
Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-379/93, MP. Antonio Barrera.

Artículo 81

*Queda prohibida la
fabricación, importación,
posesión y uso de armas
químicas, biológicas y
nucleares, así como la
introducción al territorio
nacional de residuos
nucleares y desechos
tóxicos.*

*El Estado regulará el ingreso
al país y la salida de él de
los recursos genéticos, y su
utilización, de acuerdo con
el interés nacional.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1 y 223.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 4
(G.C., N° 83, pág. 34, col. 2)
Primer Debate, artículo 2
(G.C., N° 109, pág. 8, col. 2)
Comisión Codificadora,
artículo 82 (G.C., N° 113,
pág. 6)

DE LOS DEBATES:

Comisión V: abril 11, 12, y
18
Plenaria : mayo 16 y 20, ju-
nio 6, 10 y 29
Comisión Codificadora:
junio 8

LEGISLACION

Decreto 1843 de 1991
Ley 55 de 1993
Ley 61 de 1993
Ley 99 de 1993, Decreto
Ley 2535 de 1993, Decisión
345 de 1993, del Pacto
Andino
Ley 162 de 1994

1. En razón de su especial peligrosidad para las personas y el ambiente la Constitución prevé en este artículo una regulación específica de ciertas armas y sustancias. De esta manera se prohíbe la importación, la posesión y el uso de armas químicas, biológicas y nucleares. No se trata solamente de la protección de los habitantes del país y de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, sino también de la aspiración a evitar que desde Colombia se contribuya al uso de este tipo de armas en cualquier parte del mundo, finalidad que se deduce de la extensión de esta prohibición a la fabricación de estos artefactos letales.

La veda absoluta de esta clase de armas se fundamenta en el deber de proteger la dignidad humana, tal como lo prescribe el artículo 1 de la Constitución, de ataques perversos, o que le causen a las personas sufrimientos innecesarios para los fines del combate, y para salvaguardar a las personas del ensañamiento y la crueldad.

Esta prescripción tiene también sustento en consideraciones éticas relacionadas con la inadmisibilidad de los ataques armados que tengan consecuencias indiscriminadas sobre la población y sobre el ambiente, así como también en la prohibición del uso de medios o métodos de guerra concebidos para causar daño al ambiente y de los ataques al ambiente realizados a manera de represalia¹. Con el fin de evitar las consecuencias que puedan derivarse de la liberación de fuerzas peligrosas, se prohíben los ataques contra instalaciones que las contien-

gan, entre ellas los oleoductos y gasoductos, así como las represas y las centrales nucleares².

No se tiene conocimiento de desarrollo nacional de esta norma más que la prohibición general de la tenencia o porte de armas construidas sobre la base de gases venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de gases produzcan esquirlas³.

2. El orden económico internacional ha conducido a que los países del Tercer Mundo sean el destino frecuente de los desechos que dejan ciertas industrias, entre ellas las que manipulan la energía nuclear. El Constituyente del 91 quiso reducir los riesgos a que está expuesto el país de convertirse en receptor de basuras de esta clase y con ello evitar los daños que se derivarían para la salud y la vida de los habitantes de Colombia y para el ambiente, prohibiendo la introducción en su territorio de residuos peligrosos.

Los términos "residuos peligrosos" usados en la normatividad reglamentaria, expresan de manera más adecuada la intención del Constituyente, pues comprenden no sólo los desechos nucleares y tóxicos a los que se refiere esta norma constitucional, sino también otras sustancias no menos nocivas. De esta manera se define como residuo peligroso aquel que por sus características infecciosas, combusti-

¹ Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra, art. 55.

² Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, art. 15. Al respecto puede verse Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1994, págs. 239 a 241.

³ Decreto 2535 de 1993, art. 14 parágrafo.

bles, inflamables, explosivos, radiactivos, volátiles, corrosivos, reactivos o tóxicos pueda causar daño a la salud humana o al ambiente⁴. Quien introduzca esta clase de elementos al territorio nacional deberá devolverlos en su totalidad a su lugar de origen⁵.

No es ésta una prohibición absoluta. Si se trata de su importación con fines productivos, este tipo de elementos pueden ser trasladados al territorio colombiano siempre y cuando sus contenidos nocivos no superen determinados niveles considerados admisibles, los cuales son definidos por el Ministerio del Medio Ambiente.⁶ La misma agencia gubernamental está encargada de la regulación del uso y la distribución de las sustancias químicas y biológicas que se utilicen en las actividades agropecuarias⁷. Con todo, la sustitución de las tecnologías actuales por aquellas alternativas de nulo o muy escaso impacto ecológico debe conducir en el mediano plazo a una aplicación absoluta de esta prohibición.

3. Objeto de la especial protección por parte del Estado y definida como patrimonio nacional⁸, la biodiversidad tiene aquí una garantía adicional debido a la importancia que ha alcanzado en el desarrollo de tecnologías que usan la información genética codificada en las distintas especies. Aplicable en diversos campos de la producción, la biotecnología

y la ingeniería genética encierran hoy proyecciones insospechadas, alcanzando un incalculable valor económico el producto de sus investigaciones. Ello resulta especialmente relevante en países como el nuestro, dueño de una parte de la Amazonía y del ecosistema del Chocó –dos de las mayores diversidades biológicas del mundo.

La Constitución establece que la regulación de los recursos genéticos ha de realizarse teniendo en cuenta el interés nacional. La ley ha encargado al Ministerio del Ambiente el control de la investigación, uso, comercio, importación y exportación de recursos genéticos de fauna y flora silvestres, y contempla el pago de regalías en favor de la Nación por el uso del material genético⁹. Dado el actual contexto mundial, la aplicación y el desarrollo de estas normas han de ser especialmente cuidadosos con el fin de evitar una suerte de expropiación de nuestros recursos, o una explotación que favorezca principalmente los intereses de empresas multinacionales o de países que posean la tecnología adecuada. La apropiación privada por parte de empresas poseedoras de tecnología de punta, podría excluir a campesinos e indígenas del tercer mundo del uso de las variedades mejoradas patentadas, o los obligaría a hacerlo sobre la base de costos elevados¹⁰.

⁴ Resolución 189 de 1994 del Ministerio del Ambiente, art. 1.

⁵ Ibid., art. 6.

⁶ Decreto 1843 de 1991 y Resolución 189 de 1994 del Ministerio del Ambiente.

⁷ Ley 99 de 1993, art. 5 n.26.

⁸ Ley 99 de 1993, art. 1 n.2.

⁹ Ley 99 de 1993, art. 5 n.21. También, Convenio de Río de Janeiro sobre diversidad biológica (Ley 162 de 1994, art. 15 a 19).

¹⁰ Sobre esta problemática puede verse la edición dedicada a este tema en la Revista *Pensamiento Jurídico*, N° 2, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional, Bogotá, 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-408, T-411, T-536.

1993

T-092, T-163.

1994

T-519, C-526.

1995

C-401.

1996

C-137, T-257, C-377, C-494.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Tratado relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos.

Convenio de Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica. Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 55.

Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 15.

Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales UPOV.

Convención de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de los derechos peligrosos y su eliminación.

Convención Internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos.

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas), y tóxicas y sobre su destrucción.

4. La regulación integral de la problemática del ambiente que hizo la Carta de 1991 permite afirmar que en ella reside una Constitución ecológica. En los 49 artículos que hacen referencia de manera directa o indirecta a este tema reside un proyecto de replanteamiento de las relaciones entre la sociedad colombiana y la naturaleza, en el que la primera puede desarrollarse y el ambiente conservarse sano. De este programa hacen parte las estrategias que pueden ser más eficaces para dar solución al problema ambiental: la transformación sustancial del modelo del desarrollo, la defensa de los recursos naturales, la formación de una conciencia pública ecológica, el estímulo de la participación ciudadana en los asuntos del ambiente, y la ampliación de las obligaciones del Estado y de las empresas en la conservación de la naturaleza.

Artículo 82

*Es deber del Estado velar por
la protección de la
integridad del espacio
público y por su destinación
al uso común, el cual
prevalece sobre el interés
particular.*

*Las entidades públicas
participarán en la plusvalía
que genere su acción
urbanística y regularán la
utilización del suelo y del
espacio aéreo urbano en
defensa del interés común.*

CONCORDANCIAS

Artículos 58, 63, 88, 102, 313 n.7.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 34, col. 3)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 83 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES:

Comisión I: abril 8
Comisión V: abril 8, 11, 12, y 18
Plenaria: mayo 16 y 20, junio 10 y 29
Comisión codificadora: junio 8 y 22

1. Enunciado como un deber del Estado, el artículo 82 contempla el derecho de las personas a que el espacio público se conserve en su integridad y a usarlo en comunidad¹. Sustento de este derecho de carácter colectivo es la propiedad de la Nación sobre el territorio y los bienes públicos que se encuentran en él, entre ellos el espacio público (artículo 102 CP.). De este derecho al uso del espacio público y a que se mantenga en su integridad se deriva la obligación del Estado de garantizar su vigencia y de respetarlo. En este último sentido, una entidad oficial no podría reservarse para sí el uso exclusivo de tramos de las vías de tránsito sin incurrir en la violación de este derecho.

En concordancia con esta norma, el artículo 63 de la Constitución establece que los bienes de uso público son de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable. Por lo tanto, ninguna parte del espacio público puede ser objeto de negociación alguna que implique la transferencia de su titularidad, la imposición de gravámenes o la adquisición por particulares derivada de una posesión prolongada en el tiempo. Con base en ello, la Corte Constitucional impidió que un lago, su humedal y las zonas verdes aledañas fueran rematadas dentro de un juicio hipotecario, junto con una urbanización vecina. El dominio colectivo sobre el espacio público permitió considerar legítimo que el Alcalde de Bogotá interviniera en el proceso hipotecario y luego interpusiera una tutela en defensa de esa

zona de uso público, en el entendido de que estas gestiones del burgomaestre eran precisamente un desarrollo del deber del Estado de velar por la integridad del espacio público².

Dentro del plan de desarrollo que están obligados a formular los municipios debe contemplarse un programa para la conformación, incorporación, regulación y conservación del espacio público. Según la ley, el destino del espacio público sólo puede ser modificado por los concejos y las juntas metropolitanas, por iniciativa de los alcaldes y siempre que sean canjeados por otros de características equivalentes³.

2. Además de su dominio colectivo, es característica del espacio público que se le dé un uso común. El disfrute del espacio público por la comunidad prevalece sobre el interés particular en usufructuarlo. No obstante, dando respuesta a una petición de tutela presentada por un grupo de vendedores ambulantes desalojados de sus habituales lugares de trabajo, la Corte Constitucional dijo que en casos como el que se cita, el juez debe buscar la coexistencia del derecho colectivo al espacio público y del derecho fundamental al trabajo. En consecuencia estableció que cuando se desarrollen acciones tendientes a la recuperación del espacio público ocupado por vendedores ambulantes, las autoridades debían ejecutar previamente un plan orientado a lograr su reubicación⁴. Por otra parte, los par-

¹ Para algunos autores este artículo sólo trata de una "garantía" del espacio público. Ver Luis Carlos SÁCHICA, *Constitución Política de la República de Colombia*, Medellín, DIKE, 1991, pág. 34.

² Corte Constitucional, Sentencia T-572/94, MP. Alejandro Martínez.

³ Ley 89 de 1989, art. 2 n.6 y art. 6.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-225/T-440/92, MP. Jaime Sanín.

ques, las vías de tránsito y las zonas verdes públicas no pueden encerrarse privando a las personas del uso, goce y disfrute visual de las mismas y del libre tránsito⁵.

3. En el régimen legal colombiano el espacio público es definido como el “conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas”, o de manera general como “las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo”. Como áreas, que comprende el espacio público se enumeran las de circulación y recreación, las franjas de retiro de las edificaciones de las vías, las fuentes de agua, los parques, las plazas, las zonas verdes, las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de servicios públicos y para la preservación de elementos históricos, culturales, religiosos y artísticos y del paisaje, y los elementos naturales del entorno de la ciudad, entre otros⁶.

4. Las actuaciones de las entidades públicas tendientes al mejoramiento urbanístico les da a éstas el derecho a recaudar un porcentaje del beneficio económico que recibieron los propietarios de los inmuebles favorecidos. Dentro de las circunstancias que ocasionan beneficio o plusvalía generadora a su vez de la contribución de valori-

zación se encuentran el cambio de destinación del inmueble, el cambio del uso del suelo, el aumento de la densidad habitacional, la inclusión del predio dentro del perímetro urbano o dentro del parámetro de los servicios públicos y las obras de beneficio general⁷.

5. Los concejos municipales son los encargados de definir los usos del suelo (artículo 313 n.7 CP.). Dentro de los planes de desarrollo municipal debe contemplarse, entre otros aspectos, un reglamento del uso del suelo, la reserva de tierras para vivienda de interés social, las medidas tendientes a conservar edificaciones y zonas de interés histórico, arquitectónico y ambiental, y a renovar o rehabilitar zonas deterioradas o de desarrollo inadecuado⁸.

6. La norma constitucional en estudio hace énfasis en la prevalencia del derecho al uso común del espacio público sobre el interés particular, y en que las normas que rijan el uso del suelo tengan por criterio fundamental que oriente tanto su expedición como su aplicación, la defensa del interés común. Ante la concentración de la propiedad inmueble urbana y las hondas diferencias sociales que se derivan de su usufructo y del déficit de viviendas, la Constitución contempla aquí las bases de una política de reforma urbana en concordancia con el artículo 58 CP., el cual define la propiedad como una función social que implica obligaciones y establece que el interés privado debe ceder ante el público cuando resulten en conflicto los derechos de los

LEGISLACION

Código Civil, artículo 1005
Ley 9 de 1989
Ley 89 de 1989, Decreto 2400 de 1989
Ley 136 de 1994
Ley 140 de 1994

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-255, T-400, T-408,
T-411, T-425, T-475,
T-518, T-550, T-551,
T-566.

1993
T-156, T-203, C-216,
T-230, T-238, T-251,
T-259, C-295, T-366,
T-414.

1994
C-071, C-221, T-317,
T-419, T-439, C-519,
T-572, T-578.

1995
T-115, T-133, T-150,
T-284, C-328, C-401,
T-617.

1996
T-160, C-535, T-548.

⁵Ley 89 de 1989, art. 6. A este respecto puede verse Corte Constitucional, Sentencia T-518/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁶Ley 89 de 1989, art. 5.

⁷Ley 9 de 1989, art. 107.

⁸Ley 9 de 1989, art. 2.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

particulares con una necesidad de interés social reconocida por la ley.

7. El espacio público puede ser defendido a través de las acciones populares, previstas en la Constitución pero todavía no desarrolladas, por la acción popular contemplada en el artículo 1005 del Código Civil –la cual puede ser ejercitada por cualquier persona pública o privada que haga uso o pueda llegar a hacer uso de un determinado espacio público⁹–, y mediante la acción de tutela en determinadas circunstancias.

⁹ Ley 89 de 1989, art. 8 y Decreto 2400 de 1989, arts. 5 y 6.

Capítulo 4

Introducción

En su tarea de buscar la democratización de la vida política en Colombia, la nueva Constitución modificó sustancialmente la forma en que eran distribuidos los poderes entre los individuos y el Estado en la autoritaria Carta de 1886. El reconocimiento más amplio y más prolijo de los derechos humanos da lugar a un mayor ámbito de libertades y de facultades para exigir al Estado determinadas prestaciones de índole económica, social, cultural, e implican a la vez un repliegue de las atribuciones represivas del Estado, así como también el aumento de sus funciones y responsabilidades sociales.

El fortalecimiento de los poderes de la sociedad frente al Estado comprende, además de la ampliación del reconocimiento de los derechos, el establecimiento de mecanismos a través de los cuales las personas pueden acudir ante las autoridades competentes para hacer respetar sus derechos. Se trata, básicamente, del establecimiento en la misma Constitución, y no sólo en los códigos legales, de acciones judiciales para la protección de los derechos, aunque también se contemplan algunos mecanismos para acudir ante las autoridades administrativas en busca de la guarda de sus derechos, impulsando a la administración o asegurándose de que cumpla a cabalidad con sus funciones. Pero se trata esencialmente de mecanismos judiciales, pues es desde su condición de rama independiente del Estado que la justicia puede obrar como control de las actuaciones del ejecutivo y de la fuerza pública. La Constitución de 1991 revitalizó la rama judicial con el objeto de democratizar al Estado, hipertrofiado por la tradición presidencialista y militarista, en busca de las garantías de las libertades públicas, y para lograr que el Estado débil en su labor social cumpla con su tarea de satisfacer las necesidades básicas de la población y de redistribuir la riqueza.

En este capítulo pueden distinguirse tres órdenes de normas. En primer lugar, los que podrían llamarse propiamente mecanismos de protección de los derechos. Entre éstos habría que hacer referencia a las acciones judiciales: la tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares, la acción de aplicación de sanciones –que puede interponerse ante los jueces penales como ante los organismos de control disciplinario– y otras acciones de la misma índole a cuya creación invita la Constitución al legislador (artículos 86, 87, 92 y 89 CP., respectivamente). Dentro de los mecanismos de protección de los

DE LA
PROTECCIÓN Y
APLICACIÓN DE
LOS DERECHOS

MANUEL BARRETO

derechos pueden distinguirse también los que apuntan a hacer eficaz la actuación de las autoridades administrativas –el principio de la buena fe y la prohibición de la tramitomanía (artículos 83 y 84 CP.)–, los cuales también tienen aplicación en la esfera de las actuaciones judiciales.

En segundo lugar, del Capítulo 4 del Título II de la Carta hacen parte dos normas que contienen criterios para la fijación de responsabilidades en caso del desconocimiento de un derecho por parte de las autoridades. Así, el artículo 90 define cuándo el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción o la omisión de sus agentes. Por ello este artículo puede entenderse como la base de otro mecanismo judicial de protección de los derechos por vía de la reparación pecuniaria: las acciones contencioso-administrativas de responsabilidad extracontractual del Estado. Por su parte el artículo 91 determina de qué manera en caso de infracción de la Constitución deben distribuirse las responsabilidades entre los diferentes funcionarios que hacen parte del orden jerárquico de la burocracia estatal.

La “justiciabilidad” de los derechos constitucionales a través de acciones constitucionales o legales representa un avance en la lucha por el respeto de los derechos humanos y por la igualdad social. Pero no debe entenderse a éste como el único ni el más poderoso camino para la realización de los derechos. Todos los resortes institucionales, tales como la participación ciudadana y la actuación de los partidos políticos, y el esfuerzo por lograr el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos soberanamente por el Estado, deben ponerse conjuntamente en acción en la búsqueda de hacer real la carta de derechos.

Por último, de este capítulo hacen parte cláusulas de incorporación de derechos al orden constitucional y de definición de la jerarquía y la aplicabilidad de los derechos en el sistema normativo. Los artículos 93 y 94 contemplan criterios de ampliación de la lista de derechos reconocidos expresamente en la Constitución, o de ampliación del contenido de derechos reconocidos. Así, el artículo 93 incorpora al orden jurídico colombiano los derechos que hacen parte de los tratados internacionales ratificados por Colombia, y el 94 estatuye el criterio según el cual sólo basta tener el carácter de inherente a la persona humana para que un derecho se incorpore al grupo de los derechos constitucionales. El artículo 93 establece la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos y el 85 define cuáles derechos son de aplicación inmediata.

Artículo 83

*Las actuaciones de
los particulares y de las
autoridades públicas
deberán ceñirse a los
postulados de la buena fe,
la cual se presumirá en
todas las gestiones
que aquellos adelanten
ante éstas.*

1. Con la Carta de 1991 el principio general de derecho privado de la buena fe tiene a la vez el rango constitucional de mecanismo de protección de los derechos, y es definido como presunción en favor de los particulares y deber de los mismos, y como obligación de las autoridades. De aquí la múltiple naturaleza y contenido jurídicos de la buena fe: principio general y mecanismo de protección; vigencia en el ámbito del derecho privado y del derecho público; presunción, deber y obligación.

2. Como presunción en favor de los particulares, la buena fe apunta a garantizar los derechos de las personas en todas aquellas circunstancias en las que su ejercicio esté supeditado a la actuación de las autoridades. A pesar de ser un supuesto necesario del buen desenvolvimiento de las relaciones de los particulares con las autoridades, en el trámite de las diligencias que las personas deben adelantar ante los despachos oficiales la confianza fue sustituida por la sospecha general hacia el particular. Tal reticencia a creer en el proceder honesto y legal de los ciudadanos dificulta su acceso al Estado inclusive hasta hacer nugatorio el ejercicio de los derechos, y a la vez torna ineficaz el funcionamiento del Estado. En este contexto la nueva norma constitucional tiene por objeto restituir en el Estado una dinámica normal, previendo en favor de los particulares la ficción jurídica según la cual todas sus actuaciones se ajustan a derecho. Emparentada con la garantía procesal de la presunción de inocencia, la presunción de la buena fe hace que las diligencias de los particulares ante las autoridades sean tenidas de antemano como ajenas a toda intención reprochable

jurídicamente. Desde luego, los funcionarios pueden revisar razonablemente su contenido y la ley puede crear procedimientos para verificar lo manifestado por los particulares, lo que puede conducir a que los hechos y su prueba desvirtúen esta presunción¹.

La presunción establecida en favor de los particulares implica que las autoridades deberán, entre otras obligaciones, tener por legítimos los documentos que acompañe una persona a sus solicitudes. Entre ellos, los documentos públicos aportados han de asumirse como ciertos y válidos, y constituyen plena prueba, en concordancia con el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil que establece que ellos “hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos hagan los funcionarios que los autorizan”².

3. En cuanto obligación de las autoridades, la buena fe impone a los funcionarios públicos actuar de una manera acorde con los principios constitucionales de la eficacia, el respeto y la garantía de los derechos (artículos 1 y 2 CP.), por lo que puede afirmarse que la buena fe apunta a la humanización de las relaciones entre funcionarios y particulares, pues puede conducir a que los primeros actúen con “lealtad, honestidad y confianza”³. Al mismo tiempo, en cuanto obligación de las autoridades la buena fe supone una actuación de las autoridades acorde con los principios que

¹ Vide. Corte Constitucional, Sentencia T-460/92, MP. José Gregorio Hernández.

² Vid. Corte Constitucional, Sentencia T-011/93, MP. Alejandro Martínez.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-469/92, MP. Alejandro Martínez.

guían la función administrativa como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 CP.).

La jurisprudencia ha desarrollado algunos criterios generales –desde luego no taxativos– en desarrollo de los cuales puede establecerse cuándo la actuación de una autoridad pública es contraria a la buena fe. Se estaría ante tal hecho cuando el comportamiento del funcionario “no es la conducta racional y recta que podría esperarse de una persona en una misma situación”; cuando no se ajusta a los exámenes de objetividad y razonabilidad; cuando resulta ser contradictorio; cuando no se tenga en cuenta la situación concreta de la persona concernida; cuando la decisión no se adopte en el momento oportuno; cuando su respuesta no es proporcional; cuando la entidad estatal niega sus propios actos; cuando se presentan dilaciones injustificadas; cuando no se adopten los medios adecuados para restablecer un derecho o cuando se abusa del poder⁴.

Como casos específicos de incumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de obrar conforme a la buena fe pueden citarse la omisión de estudiar y resolver una petición, lo cual da lugar además a la violación del derecho de petición (artículo 23 C.P.),⁵ y la exigencia de cargas inesperadas o requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho cuando exista una regulación gene-

ral, actuación que desconoce también el artículo 84 de la Constitución⁶.

4. En cuanto deber de los particulares, el principio de la buena fe complementa la enunciación de los deberes prevista en el artículo 95 de la Carta. La buena fe da origen a deberes en aquellos que obren como partes en las relaciones con significación jurídica, lo cual conduce al reconocimiento de los derechos de los demás y a evitar el abuso del derecho propio. De esta manera el principio de la buena fe obra como límite al ejercicio ilegítimo de los derechos⁷. La posibilidad de confiar en los demás asociados es condición necesaria de la convivencia, de la buena marcha de las relaciones entre los particulares –entre ellas las relaciones económicas– de la paz y de la seguridad jurídica.

5. La buena fe tiene también efectos en la interpretación de las normas. Entre otras consecuencias específicas de la obligación de las autoridades y del deber de los particulares de actuar conforme a la buena fe, está la de seguir el sentido más conforme a su contenido en la interpretación de las disposiciones jurídicas⁸.

De la confluencia del artículo 83 de la Constitución, con el principio de la eficacia de los derechos y con aquellos principios que rigen la actuación de la administración, debería derivarse la modernización de las di-

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 23, 84, 121, 122, 209, 268 n.8

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 6, col. 2)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 89 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión 1: mayo 6 y 15
Plenaria: junio 5, 14 y 29

LEGISLACION

Código Civil, artículo 769
Código de Procedimiento Civil, artículo 264

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-422/92, MP. Eduardo Cifuentes, T-427/92, MP. Eduardo Cifuentes y T-475/92, MP. Eduardo Cifuentes.

⁵ Vid. Corte Constitucional, sentencias T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes y T-522/92, MP. Alejandro Martínez.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Angarita

⁷ Vid. Corte Constitucional, Sentencia T-469/92, MP. Alejandro Martínez

⁸ Ibid.

JURISPRUDENCIA

**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-010, T-425, T-427,
T-444, T-457, T-460,
T-463, T-464, T-469,
T-473, T-475, T-487,
T-499, T-501, C-511,
T-512, C-513, T-522,
T-523, T-526, T-534,
C-543, T-554, C-557,
T-568, C-575, C-606.

1993

C-002, C-007, T-011,
T-012, T-079, C-104,
T-124, C-127, C-144,
T-145, C-149, T-238,
T-273, T-307, T-332,
T-360, C-364, T-381,
C-390, T-396, C-412,
T-420, T-424, T-547,
C-467.

1994

T-007, C-046, C-063,
T-085, T-098, T-125,
C-153, T-191, T-206,
T-253, T-291, T-302,
T-314, C-415, T-435,
T-536, T-539, T-578.

1995

T-005, C-041, T-068,
C-083, T-090, T-144,
T-197, T-256, T-261,
T-285, T-325, T-382,
C-451, T-500, C-531,
C-540, T-548, T-602.

1996

C-019, T-076, C-100,
T-106, T-134, C-280,
C-309, T-323, C-425,
C-486, T-515, C-597,
C-657, T-705.

versas agencias del Estado y, con ello,
el cumplimiento de sus funciones y la
efectiva garantía de los derechos.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Artículo 84

*Cuando un derecho o una
actividad hayan sido
reglamentados de manera
general, las autoridades
públicas no podrán
establecer ni exigir
permisos, licencias o
requisitos adicionales para
su ejercicio.*

CONCORDANCIAS

Artículo 1, 2, 23, 26, 83, 333

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C.,
N° 83, pág. 6, col. 2)
Primer Debate, artículos 2
y 11 (G.C., N° 109, pág. 5,
col. 3)
Comisión Codificadora,
artículo 90 (G.C., N° 113,
pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 6 y 15
Plenaria: mayo 27 y 30, ju-
nio 5, 14 y 29
Comisión codificadora:
mayo 31 y junio 10

1. En la búsqueda de la eficacia de los derechos la Asamblea Nacional Constituyente tuvo en la modernización del Estado y la lucha contra la corrupción dos de sus estrategias más señaladas. El sistema de garantías de los derechos que contempla la Constitución apunta en esta norma a contrarrestar las consecuencias negativas que sobre los derechos tienen la negligencia y la corrupción del Estado, dos de sus más señalados vicios en el caso colombiano y en el de otros países de América Latina. Así, el exceso de trámites ante los diferentes organismos del Estado –no sólo para poder disfrutar de los derechos sino inclusive para dar cumplimiento a las obligaciones públicas– y la corrupción que a su lado se incubaba, ponen en tela de juicio la legitimidad de las instituciones.

Malas costumbres de la burocracia como la exigencia de papeles innecesarios, la remisión de oficina en oficina o de ventanilla en ventanilla –lo que comúnmente se conoce como “tramitomanía”– están muchas veces acompañados de la exigencia de “pagos” o del ofrecimiento de “estímulos” que los particulares con frecuencia asumen como lo inevitable.

2. El artículo comentado constituye uno de los desarrollos del artículo 83 de la Constitución, pues el exceso de requisitos supone un descreimiento en la buena fe de las personas. La norma establece una reserva de ley para el establecimiento de exigencias para el ejercicio de los derechos, de manera que sólo el Congreso o el ejecutivo –cuando tenga la facultad de expedir normas generales– pueden hacerlo. En consecuencia los reglamentos internos de

las entidades del Estado que prevean requisitos adicionales a los contemplados por la regulación general y las actuaciones en que se exijan, son inconstitucionales. Las vías judiciales para hacer efectiva esta garantía son entonces la acción de inconstitucionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa y la acción de tutela.

3. La desburocratización de los procedimientos a que apunta esta norma ha tenido, entre otros desarrollos jurisprudenciales, el criterio según el cual, para acceder a derechos como el de la pensión, sólo es dable a los funcionarios solicitar los documentos mínimamente necesarios¹. Ha dicho también la Corte Constitucional que si no existe norma legal que lo exija las solicitudes hechas con base en el derecho de petición pueden ser presentadas de manera verbal, sin que haya lugar a que los funcionarios las califiquen de vagas por el solo hecho de no haber sido presentadas por escrito².

El ejercicio de profesiones y oficios, y de la libertad económica supone, en algunos casos, la obtención de títulos o licencias (artículos 26 y 333 CP.). Con el fin de garantizar la eficacia de los derechos cuyo disfrute se halle supeditado a la existencia de permisos previos, el trámite de las autorizaciones debe ajustarse al procedimiento previsto, o de lo contrario su actuación se torna ilegítima o ilegal³. Además, la definición de los

¹ Corte Constitucional, T-011/93, MP. Alejandro Martínez.

² Corte Constitucional, Sentencia T-098/94, MP. Eduardo Cifuentes.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-475/92, MP. Eduardo Cifuentes.

requisitos por las normas de contenido general debe hacerse de manera taxativa⁴.

4. Con base en las facultades otorgadas al gobierno por la Ley 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción, fue expedido el Decreto 2150 de 1995 el cual, inspirado en el principio de la buena fe, y con el fin de lograr el libre ejercicio de los derechos, combatir la corrupción y hacer más eficiente al Estado, anula o reforma procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública. Entre las medidas de carácter general que comprende elimina la obligación de autenticar documentos originales ante entidades públicas, extiende los horarios de atención y reduce las “colas” en las oficinas públicas; suprime la obtención de sellos, certificaciones, firmas, antecedentes disciplinarios y de todo otro documento que la respectiva entidad posea o pueda obtener por sí misma. Una primera evaluación del acatamiento de este decreto hecha por el gobierno mostró cómo inicialmente importantes entidades estatales se niegan a modificar su cultura organizacional.

LEGISLACION

Ley 140 de 1994
Ley 190 de 1995
Decreto 2150 de 1995

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992
T-012, T-408, T-425,
T-460, T-473, T-475,
T-490, T-526, C-546,
C-606.

1993
T-011, C-017, C-054,
C-094, T-210, T-347,
T-438, C-486.

1994
C-024, T-098, C-189,
C-415, T-578.

1996
C-307, C-340, C-366,
T-705.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-460/92, MP. José Gregorio Hernández.

Artículo 85

*Son de aplicación
inmediata los derechos
consagrados en los
artículos 11, 12, 13, 14,
15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,
23, 24, 26, 27, 28, 29, 30,
31, 33, 34, 37 y 40.*

CONCORDANCIAS

Artículo 11 a 21, 23, 24, 26 a 31, 33, 34, 37, 40

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículos 4 y 5 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 3) Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 6, col. 1) Comisión Codificadora, artículo 84 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 5
Plenaria: junio 5, 6, 14, 18, 29 y 30

1. La interpretación del artículo 85 de la Constitución presenta algunas dificultades. No obstante, ello no debería conducir a la posición de algunos autores que se apresuraron a vaticinar la muerte instantánea de esta norma, argumentando su supuesta ineficacia absoluta¹.

2. Un examen de los antecedentes de esta norma nos permitirá acercarnos de una mejor manera a su interpretación. Entre éstos pueden citarse, el “Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia” presentado por el gobierno Gaviria a la consideración de la Constituyente, y el “Proyecto sobre la acción de tutela” de la autoría del delegatario Juan Carlos Esguerra. El primero establecía que la tutela amparaba los derechos directamente aplicables y que éstos eran precisamente los previstos como derechos fundamentales. El segundo proponía la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, a los que definía como aquellos “cuya aplicación se deriva de manera inmediata de la Constitución”. Es decir, las propuestas de un artículo dedicado específicamente a los derechos de aplicación inmediata tenía por objeto definir taxativamente aquellos derechos que podían ser tutelables. Así las cosas, la norma comentada tenía plena justificación y efectos muy importantes.

Sin embargo, en la Constituyente hizo carrera una formulación del artículo dedicado a la acción de tutela en la que se hacía referencia a los derechos fundamentales como objeto

de esta garantía, olvidándose del todo la fusión originaria entre éstos y los derechos de aplicación inmediata². Tal olvido condujo a la distinción –acertada por cierto– entre ambos conceptos, diferenciación que fue puesta de presente de manera explícita ya en las sesiones plenarias³. Siendo los derechos fundamentales aquellos defendibles mediante la tutela y no ya los derechos de aplicación inmediata, el artículo perdió en principio su razón de ser, pues la función de indicar los derechos tutelables quedó en manos de un conjunto de criterios *ad hoc*.

3. Pero la pérdida del sentido y de la función originarios de los derechos de aplicación inmediata no permite concluir que éstos no tengan un significado propio –distinto al de los derechos fundamentales– y que carezcan de operatividad alguna.

Entre los objetivos que tuvo la consagración expresa de los derechos de aplicación inmediata se halló la intención de proteger los derechos frente a una eventual violación originada en razones de Estado⁴. Este argumento y el principio según el cual las normas constitucionales deben interpretarse y aplicarse de tal forma que obtengan su mayor eficacia, impiden que se abandone la formulación de una lectura razonable de la norma en estudio en la que se despliegue su significado pleno.

¹ Carlos Lleras de la Fuente et al., op. cit., pág. 191.

² Ponencia de la Comisión I para primer debate en plenaria sobre mecanismos de protección de los derechos.

³ Presidencia de la República-CIS, Transcripción de las sesiones de la ANC, Plenaria, 29 de junio.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-403/92, MP. Eduardo Cifuentes.

4. En cuanto al concepto de los derechos de aplicación inmediata parece existir consenso, pues es común entenderse que se trata de aquellos derechos que no requieren de un desarrollo legal para ser exigibles en casos concretos por los interesados⁵. Distinguiéndose de ellos puede hablarse de los derechos de desarrollo progresivo, entre los cuales se encuentran básicamente los derechos económicos, sociales y culturales.

Entre los desarrollos que ha tenido esta significación de los derechos de aplicación inmediata puede citarse la vigencia que dio la Corte Constitucional al derecho de petición frente a particulares, la cual se había negado aduciendo la ausencia de reglamentación legal. Para adoptar esta decisión la Corte argumentó que el derecho de petición hacía parte de la enumeración que hace el artículo 85 de la Carta y por lo tanto su aplicación no requería de reglamentación legal⁶.

5. No obstante, debe aclararse que la existencia de derechos que no son de aplicación inmediata no conduce a que tales derechos no rijan, pues la Constitución adquiere vigencia en su totalidad desde el momento de su promulgación. Puede ser que, en ciertos casos, su prestación no sea exigible a la administración, pero su garantía eficaz sí hace parte de las funciones de los distintos niveles del gobierno,

y debe tener recepción en los programas de la administración y en los proyectos normativos de las corporaciones públicas, y puede ser objeto de las reivindicaciones sociales. Así mismo, la violación de tales derechos por la actuación de las autoridades puede ser objeto de sanción. Desde este punto de vista, algunos autores prefieren hablar de derechos de aplicación directa para referirse a los que la Constitución ha llamado de aplicación inmediata, en el entendido de que la Constitución en su integridad, y con ella todos los derechos, se aplican de manera inmediata, es decir desde el momento mismo de la entrada en vigencia de la Carta⁷.

6. Aparte de las consecuencias que puedan derivarse del significado fundamental que se ha venido dando a los derechos de aplicación inmediata, como criterio auxiliar éstos han tenido otros efectos en la práctica jurisprudencial. En algunos casos la concurrencia del carácter de derecho de aplicación inmediata ha fortalecido las razones por las cuales se ha tutelado un derecho fundamental⁸. También la condición de derechos de aplicación inmediata ha dado mayor sustento a la afirmación de la obligación de los particulares de respetar los derechos de los demás⁹.

7. En lo que hace a la definición de cuáles son los derechos que cuentan con la característica de su aplicabilidad inmediata tampoco existe

LEGISLACION

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-003, T-402, T-403, T-406, T-412, T-415, T-421, T-425, T-460, T-469, T-473, T-474, C-479, T-490, T-505, T-533, C-587, T-597.

1993

T-046, T-081, T-145, C-301, C-345, T-382, T-384, C-486, T-507, T-552.

1994

C-020, T-098, T-174, C-177, T-210, T-279, C-282, T-290, T-294, T-576.

1995

T-046, T-271, T-287, T-288, T-310, T-322.

1996

T-104, T-107, T-215, T-259, T-423, T-516, T-672, C-684, T-712.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-402/92, MP. Eduardo Cifuentes y Sentencia T-294/94, MP. Alejandro Martínez, entre otras. En el mismo sentido puede verse Manuel José Cepeda, op. cit., pág. 8 y Javier Henao Hidrón, *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Temis, 1992, pág. 45.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-126A/94, MP. Hernando Herrera.

⁷ Manuel José Cepeda, Ibid.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-533/93, MP. Eduardo Cifuentes y T-174/94, MP. Alejandro Martínez.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-587/92, MP. Ciro Angarita.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

mayor controversia, debido al carácter explícito de la enunciación que hace el artículo 85. Este hace referencia al número de los artículos constitucionales relativos a los derechos y no a su titulación o al nombre común de los derechos, lo cual hubiera dado ocasión a múltiples diferencias en cuanto a la definición de su contenido.

8. Entre el conjunto de los derechos de aplicación inmediata y los derechos fundamentales existe un tercero, el cual es producto de la intersección de los mismos, y es bastante numeroso. Tan solo unos pocos derechos fundamentales no son de aplicación inmediata, mientras que todos los derechos de aplicación inmediata son de carácter fundamental. La intersección de estas clases de derechos puede ser mayor como consecuencia del uso de los criterios de extensión del carácter fundamental de los derechos y de la ampliación de la enunciación de los derechos de aplicación inmediata, pues tanto la consagración constitucional expresa de los primeros como de los segundos no es taxativa ni excluyente¹⁰.

9. Con todo, la pertenencia de un derecho a la lista del artículo 85 no garantiza por sí sola su aplicación inmediata cuando estén en juego otras normas constitucionales con las cuales sea necesario armonizar el contenido del artículo 85. En este sentido dijo la Corte Constitucional que el derecho a fundar medios de comunicación previsto en el artículo 20 CP., el cual se halla enumerado en el artículo 85 CP., no puede considerarse de aplicación inmediata en todos los

casos. Cuando exista aprovechamiento de bienes del uso público como el espectro electromagnético, las autoridades deben hacer exigencia de autorizaciones previas, en ejercicio de la función del Estado de regular este bien público¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-406/92, MP. Ciro Angarita.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-081/93, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 86

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

1. Desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución la acción de tutela se ha ido consolidando como uno de los mecanismos más señalados de protección de los derechos debido a su eficacia y celeridad. Reconocidos los derechos como el fin esencial de las actuaciones del Estado (artículo 2 CP.), todas las ramas y órganos del poder público tienen en ésta su principal función. El Presidente de la República, el Congreso, la rama judicial, los órganos de control, la organización electoral y también el ordenamiento territorial y el régimen económico constitucional deben “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En este contexto en que el Estado, en toda su complejidad, es un instrumento al servicio de los derechos de las personas, la rama judicial ha de entender su función de hacer justicia en el sentido material que puede derivarse de la interpretación del contenido del artículo 2 de la Constitución: “asegurar la vigencia de un orden justo”. Es decir, garantizar la realización de aquel orden social que prefigura la Constitución derivado de las facultades y límites de la actuación de las personas establecidos en la carta de derechos. Por lo tanto, la función de hacer justicia encargada a los jueces al fallar cada uno de los procesos a su cargo consiste en asegurar el pleno disfrute de los derechos¹.

¹ La teoría de Rawls sobre la justicia ha sido relacionada con los derechos humanos entendiendo que las exigencias de libertad y de igualdad a que hace referencia Rawls en sus principios de justicia corresponden a los derechos civiles y políticos, y a los derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente. Eusebio Fernández, *Teoría de la*

Tal cometido es cumplido por los jueces cuando dirimen toda clase de conflictos entre particulares, o entre los particulares y el Estado, en los procesos civiles, penales, laborales o administrativos. Pero la actuación del juez como garante de los derechos resulta evidente en la adopción de decisiones sobre solicitudes de tutela, puesto que mediante esta acción las personas pueden pedir la protección inmediata de los derechos fundamentales bajo amenaza o desconocidos.

La tutela tiene la capacidad de proteger las libertades frente a la intromisión no legítima de las autoridades o de los particulares en el ámbito de las libertades civiles y políticas, y de garantizar la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales cuando son considerados fundamentales, e inclusive puede garantizar la vigencia de derechos colectivos cuando su desamparo puede dar origen al desconocimiento de un derecho fundamental. Por ello puede afirmarse que la tutela ha comenzado a contribuir al esfuerzo por reducir el autoritarismo del Estado, por avanzar en la búsqueda de la justicia social y por proteger el ambiente. Extendida su capacidad de amparo a todas las esferas de la carta de derechos, la tutela opera como uno de los instrumentos que sirve a la construcción de una sociedad justa².

justicia y derechos humanos, Madrid, Debate, 1984, págs. 223 a 228. Una interpretación similar de la teoría de Rawls puede hallarse en Guillermo Hoyos, *Ética y sociedad civil: Liberalismo político, Estado y democracia participativa en la sociedad contemporánea*, Bogotá, mimeo, 1993, pág. 5.

² Una encuesta realizada entre un número significativo de personas que han hecho uso de la tutela revela los siguientes resultados:

2. Gracias a la tutela la imagen tradicional del juez como funcionario que representa al Estado en la imposición de castigos, y como lento y distante especialista en códigos, comienza a ser transformada en la percepción de la sociedad por la de una autoridad diligente y con poder y voluntad suficientes para evitar la vulneración de los derechos en la generalidad de los ámbitos de la vida cotidiana. En ello reside la finalidad de la judicatura democrática: el juez es en primer lugar garante de los derechos de las personas, control de los distintos órganos de la administración e inclusive de los mismos funcionarios judiciales, y baluarte de la convivencia entre los asociados. El juez hace parte del Estado pero no es en lo fundamental centinela de sus intereses. Si el Estado sólo se justifica por servir a la comunidad, la tarea del juez se encuentra radicada antes que todo en la función de velar por los derechos de los asociados, y no en la defensa del Estado.

Tampoco puede entenderse simplemente su tarea como la de “aplicar la ley” o tomar decisiones acomodando los hechos a los códigos. En esta

el 79.1% considera que la tutela es un mecanismo útil para solucionar casos similares al suyo; el 94.8% sostiene que es un instrumento útil para solucionar otros casos; el 77.6% estima que sirve para solucionar la ineficiencia de la justicia; el 83.7% piensa que protege a las personas de las arbitrariedades de las autoridades y el 83.1% opina que la tutela ha servido para hacer justicia social. Por su parte, el 92.9% de los jueces consultados tiene una opinión positiva acerca de la misma y considera que es un mecanismo eficaz en la protección de los derechos. Ministerio de Justicia, *Incidencia social de la acción de tutela*. Resumen ejecutivo, Bogotá, mimeo, 1996, págs. 10 y 11.

perspectiva el juez pierde el sentido básico que puede orientar su labor, condenándose a realizar un ejercicio mecánico de aplicación de las normas. En ello se confunden el fin con los medios, pues se supone la aplicación de la ley como su tarea a cumplir, olvidando su fin esencial: la garantía de los derechos.

No sólo cuando actúa como instancia de tutela sino también en todas las jurisdicciones, el juez vela primero que todo por la eficacia de la Carta Fundamental y con ella por la realización de los derechos. Desde luego, el juez ha de considerar también las leyes pertinentes y seguir los procedimientos previstos, pero no puede dejar a un lado el imperativo de acercarse a la justicia material. La nueva Constitución considerada en su totalidad, los principios de la eficacia de los derechos y de la prevalencia del derecho sustancial, y la acción de tutela están contribuyendo a la lucha necesaria por dejar atrás el legalismo y el formalismo que han caracterizado la cultura jurídica colombiana. Tales vicios han mantenido al derecho alejado de la realidad histórica o lo han convertido en obstáculo del cambio social.

El poder otorgado a los jueces para dar respuesta a las solicitudes de tutela da lugar a un nuevo equilibrio entre las ramas del poder público, modificando la estructura del Estado en vista a su democratización. Los jueces, encabezados por la Corte Constitucional, tienen ahora una mayor capacidad para actuar como controles de la administración, lo cual puede redundar en el más ajustado sometimiento de las autoridades a los marcos del Estado de derecho y en el

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 152 n.2, 228, 229, 241 n.9, 282 n.3

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 7, col. 1)
Primer Debate, artículo 7 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículos 84 y 85 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 6 y 7
Plenaria: junio 5, 8, 10, 14 y 29
Comisión codificadora: junio 7

LEGISLACION

Decreto 2591 de 1991
Decreto 306 de 1992
Ley 24 de 1992

mejor cumplimiento de sus fines sociales.

3. Relevantes son también las consecuencias del uso de la tutela en el proceso de modernización del Estado. La acumulación de tutelas en su contra o el interés de ajustarse a las consecuencias jurídicas generales que de su trámite se han derivado, ha llevado a grandes entidades a modificar su funcionamiento, dando lugar al mejoramiento de su actuación en relación con los particulares³.

4. Los efectos de la acción de tutela no se circunscriben a la esfera de lo político, sino que puede verse también cómo esta acción comienza a contribuir a la transformación de patrones culturales. Numerosos han sido los fallos en los que, de acuerdo con los nuevos cánones constitucionales, se sientan antecedentes que tienden a la modificación de las anquilosadas y autoritarias relaciones entre profesores y alumnos, o entre padres e hijos, o entre medios de comunicación y ciudadanos, para no citar sino tres ejemplos de ámbitos que, como el sistema educativo y la familia, son determinantes en el proceso de socialización de los individuos, en la formación de su personalidad, en su crecimiento como ciudadanos y en la democratización de la opinión pública.

5. Del contexto histórico en que fue introducida la acción de tutela en

el régimen constitucional colombiano hicieron parte la arbitrariedad extendida y reiterada de las autoridades en sus relaciones con los particulares; la violencia entre particulares, con efectos notorios en la convivencia social; la marcha lenta de los procesos judiciales, y la deficiencia notable del sistema de protección constitucional de los derechos de la Carta de 1886, debida a la ausencia de un mecanismo general de control material de constitucionalidad, o desde la perspectiva de los tratados internacionales de derechos humanos, de una acción judicial rápida y eficaz que permitiera a las personas la defensa inmediata de sus derechos. Así las cosas, fueron los altos índices de violación de los derechos y la inexistencia de mecanismos judiciales adecuados los que hicieron necesaria la creación de esta acción.

De estos antecedentes se deriva la pertinencia de la tutela en la actualidad y la relevancia que ha alcanzado en la vida cotidiana de las personas, en el debate político y en la suerte misma de la Constitución⁴. La protección de los derechos que se ha logrado gracias a la tutela ha hecho evidente a los ojos de todos que la Constitución de 1991 se está aplicando. Con ello la Carta Fundamental, los jueces y el derecho se han acercado a las personas y a la realidad. De esta manera la Constitución pasa de ser simple norma jurídica a efectiva regla de conducta del Estado y de la sociedad.

El uso reiterado de la tutela, pretexto al que con asiduidad se ha acu-

³ Entre las entidades que como consecuencia de los fallos de tutela han adoptado medidas en orden a mejorar su desempeño se cita a la Caja Nacional de Previsión, el Instituto de los Seguros Sociales, el Banco de la República, el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, la Superintendencia del Subsidio Familiar y la Empresa de Energía de Bogotá. Ibid., pág.13.

⁴ Apenas comenzaba a operar la tutela el constitucionalista Jaime Vidal Perdomo opinaba que "la acción de tutela se ha convertido en uno de los temas más importantes de la aplicación de la nueva Constitución". *El Espectador*, 27 de enero de 1992, pág.3A.

dido a lo largo de los años de su vigencia para denigrar de ella y procurar su restricción, su neutralización o su desaparición, tiene origen antes que todo en esa situación de abuso continuado de los poderosos y de la precariedad de la cultura del respeto entre los ciudadanos. Antes que desacreditarla, el uso extendido de la tutela da fe de un aumento de la confianza en el juez y en el derecho como vías de resolución civilizada de conflictos. Frente a la congestión que se presenta en algunas sedes de justicia no corresponde restringir el derecho de acceso a la justicia que se ha logrado satisfacer a través de la acción de tutela. Cambios de orden administrativo en la organización interna de las distintas instancias son más adecuados que intentar procesos de contrarreforma.

6. Así como el *habeas corpus* y el derecho de petición, la tutela no sólo es un mecanismo de protección de los derechos, sino que también ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho fundamental, en cuanto de él depende la eficacia de los demás derechos fundamentales⁵.

7. Toda persona puede hacer uso de la acción de tutela, lo cual hace titulares de la misma no sólo a los ciudadanos sino también a los menores de edad⁶ y a los extranjeros. Las personas pueden actuar por sí mismas o conferir poder a un abogado, el cual se presumirá auténtico. Cuando una persona no pueda hacer uso de la tutela por motivos circunstanciales, entre otros por encontrarse enferma o tra-

tarse de un menor, cualquier persona puede obrar como agente oficioso y presentar la tutela en defensa de derechos ajenos. Los menores también pueden tener acceso a los beneficios que puedan derivarse de la tutela a través de la representación que de ellos ejerzan sus padres o sus tutores. El Defensor del Pueblo y los personeros pueden hacer uso de la tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o esté en situación de desamparo o indefensión, o en nombre de colombianos residentes en el extranjero que sean afectados por la acción o la omisión de una autoridad colombiana⁷. Sin embargo, los efectos de una sentencia de tutela no se extienden fuera del territorio nacional, pues los fallos judiciales no pueden ser aplicados más allá del ámbito de vigencia de la Constitución⁸.

Las personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras⁹, pueden interponer la acción de tutela para defender de manera indirecta los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas en torno suyo, o de manera directa para buscar la protección de los derechos fundamentales de los cuales, de acuerdo con su naturaleza, puedan ser titulares, entre ellos los derechos a la asociación sindical y al debido proceso¹⁰.

⁷ Decreto 2591 de 1991, arts. 10 y 46 a 51. Cuando se trate de hechos ocurridos en el extranjero cualquier juez del país es competente para conocer de la solicitud de tutela. Corte Constitucional, Sentencia T-596/93, MP. Eduardo Cifuentes.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-293/94, MP. José Gregorio Hernández.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-463/92, MP. Eduardo Cifuentes.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-411/92, MP. Alejandro Martínez y T-418/92, MP. Si-

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-001, T-002, T-006, T-222, T-404, T-410, T-411, T-413, T-428, T-440, T-444, T-459, T-466, T-475, T-501, T-502, T-506, T-520, T-532, T-534, C-543, T-547, T-593, T-597, T-601, T-612.

1993

C-018, T-036, T-049, C-054, T-063, T-065, T-111, T-117, T-121, C-155A, T-159, T-160, T-164, T-199, T-202, T-213, T-240, T-259, T-262, T-273, T-298, T-328, T-338, T-340, T-346, T-375, T-380, T-397, T-440, T-447, T-463, T-473, T-483, C-531, T-547, T-552, T-559, T-574.

1994

T-028, T-031, T-033, T-055, T-068, T-085, C-134, T-161, T-174, T-192, T-231, T-242, T-253, T-286, T-296, T-323, T-344, T-354, T-383, T-439, T-443, T-461, T-466, T-486, T-501, T-504, T-552, T-563, T-567, T-577.

1995

T-149, C-153, T-215, T-240, T-297A, T-408, T-457, T-502A, T-553, T-601, T-618.

1996

T-001, T-041, T-043, C-063, T-076, T-091, T-106, T-131, T-141, T-161, T-165, T-175, T-200, T-232, T-247, T-259, T-269, C-338, T-441, T-463, T-477, T-518, T-567, T-716.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-531/93, MP. Eduardo Cifuentes.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-341/93, MP. José Gregorio Hernández.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Convención Americana, artículos 17 y 25.

En principio, las personas jurídicas de derecho público no pueden ser titulares de la acción de tutela puesto que ellas no lo son tampoco de los derechos constitucionales. Como parte del Estado los distintos organismos institucionales están por el contrario obligados a ser garantes de esos derechos. La restricción de la actuación de las autoridades no constituye una violación de un derecho, sino un obstáculo al desarrollo de las funciones y las obligaciones del Estado. Con todo, puede admitirse la interposición de esta acción por entidades oficiales, pero en beneficio ajeno, es decir, sin que obren en ningún caso como titulares de los derechos que se pretende defender. Es el caso del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales, previsto en la ley (*supra*). La jurisprudencia ha considerado posible que organismos estatales usen la tutela para proteger los derechos fundamentales o los derechos colectivos de las personas, cuando son afectados por otras entidades oficiales o por los particulares¹¹.

8. La Constitución establece que la tutela puede ejercitarse en todo lugar, por lo cual, con excepción de la tutela frente a violaciones cometidas por los medios de comunicación, no existe ninguna norma que fije específicas competencias en razón de la materia o del agente violador. De esta manera pueden conocer en primera instan-

món Rodríguez. En estos casos se debe acreditar la personería jurídica y la representación legal, Corte Constitucional, Sentencia T-430/92, MP. José Gregorio Hernández.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias T-463/92, MP. Eduardo Cifuentes, T-327/94, MP. Vladimiro Naranjo y T-572/94, MP. Alejandro Martínez.

cia los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar en el que ocurra la violación o la amenaza de un derecho¹². En caso de que la violación de un derecho se presente en un sitio distinto a aquel en que tiene sede la autoridad pública responsable, el juez competente es el del lugar en el que el peticionario resultó afectado¹³. Cuando se trate de actuar en contra de una autoridad pública que tenga jurisdicción en todo el territorio nacional, la tutela puede presentarse en cualquier lugar del país¹⁴.

9. La previsión del artículo 86 comentado de acuerdo con la cual la tutela puede ser interpuesta en cualquier momento, hace referencia a que cualquier día del año y a toda hora del día es hábil para tal fin¹⁵. La norma concuerda con el artículo 228 CP. que dispone que las actuaciones judiciales serán permanentes. La habilitación constante de las sedes judiciales para los fines de la tutela encuentra límites para su vigencia en las vacaciones colectivas a que tienen derecho la mayoría de los funcionarios judiciales, así como también en los descansos nocturnos y los fines de semana. La tutela no tiene un término de caducidad¹⁶ y puede acudir a ella mientras las consecuencias negativas para un derecho permanezcan (*infra*, 13).

¹² Decreto 2591 de 1991, art. 37.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-573/94, MP. José Gregorio Hernández.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-469/92, MP. Alejandro Martínez.

¹⁵ Decreto 2591 de 1991, arts. 1 y 10.

¹⁶ La Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que preveía un término de caducidad de dos meses cuando se trataba de interponer tutela contra sentencias. Sentencia C-543/92, MP. José Gregorio Hernández.

La vigencia de la tutela se extiende a los períodos de anormalidad constitucional¹⁷. Por lo tanto, durante los estados de excepción la acción de tutela no puede ser objeto de restricción alguna. Cuando se trate de la protección de derechos fundamentales cuya limitación esté autorizada durante los estados de excepción, la tutela procederá para proteger como mínimo su núcleo esencial.

10. Debido a su naturaleza de medida cautelar o preventiva de protección de los derechos —con la cual converge su función de restablecimiento rápido de derechos desconocidos— su trámite se caracteriza por ser preferente y sumario, y la decisión con que concluye por ser de carácter inmediato. Ante la urgencia de dar respuesta a la amenaza o a la violación de un derecho, la búsqueda de la eficacia de los derechos a través de una acción judicial requiere de un procedimiento que le permita al juez conocer el caso y decidir a la mayor brevedad.

La Constitución prevé que la tutela tenga trámite preferencial, es decir, que su conocimiento se deba avocar con prelación sobre cualquier otro asunto, excepto el *habeas corpus*, recurso que debe resolverse en un término máximo de 36 horas¹⁸.

11. La protección inmediata de los derechos que puede derivarse de la tutela se traduce en la posibilidad que tiene el juez de adoptar medidas provisionales desde la presentación de la solicitud de tutela, tales como la suspensión de la aplicación del acto, y en general todo aquello que consi-

dere conducente al objetivo de la protección del derecho. Puede también el juez proceder al restablecimiento inmediato del derecho y a ordenar su tutela, prescindiendo de consideraciones formales y de averiguaciones adicionales, si de las pruebas que posee se puede deducir una grave violación del derecho, o se puede colegir que éste se encuentre ante una amenaza inminente¹⁹.

Así mismo, el juez podrá fundar su decisión final en cualquier medio probatorio, único o plural, el cual pueda ser considerado suficiente para producir su convencimiento, desde luego sin desconocer el derecho de defensa que tiene la parte demandada²⁰. En el procedimiento de tutela las pruebas se rigen por las reglas generales que se siguen en su práctica y apreciación, pero no se exige la misma rigidez que opera en los procedimientos ordinarios²¹. La violación del debido proceso en el trámite de la tutela puede dar lugar a que se declare su nulidad²².

En ningún caso la sentencia de tutela podrá adoptarse después de transcurridos 10 días contados a partir de cuando se presentó su solicitud, y el plazo máximo para su cumplimiento no podrá exceder de 48 horas. Todos los plazos del procedimiento de tutela son perentorios e improrrogables²³. Preferencia, inmediatez

¹⁹ Decreto 2591 de 1991, arts. 7 y 18.

²⁰ Decreto 2591 de 1991, arts. 21 y 22. Ver Corte Constitucional, Sentencias T-264/93 y T-298/93, MP. José Gregorio Hernández.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-321/93, MP. Carlos Gaviria.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-191/93, MP. Antonio Barrera.

²³ Decreto 2591 de 1991, arts. 29 n.5 y 15.

¹⁷ Decreto 2591 de 1991, art. 1.

¹⁸ Decreto 2591 de 1991, art. 15.

y menor exigencia de rigor en lo que hace a las pruebas son desarrollos de los principios constitucionales de economía y celeridad que rigen las actuaciones judiciales (artículo 228 CP.).

12. El trámite de la tutela es sumario, es decir breve y ajeno a formalismos. El principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las normas de carácter formal tiene en la acción de tutela una de sus expresiones connotadas. De acuerdo con este principio en caso de presentarse una contraposición entre los derechos constitucionales y los requisitos de índole formal de cuya exigencia se pueda derivar la ineficacia de los primeros, se postula la vigencia real de los derechos por encima de las formalidades. De ahí que las actuaciones de tutela se caractericen por su informalidad y que, entre otras consecuencias, los requisitos que deba llenar su solicitud se reduzcan al mínimo. Inclusive es posible presentar su petición por telegrama o fax, o de manera verbal en caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad²⁴.

13. La tutela protege los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o desconocidos. La evaluación de la existencia de un peligro para la integridad de un derecho, o lo que es lo mismo, de la presencia de una violación potencial, próxima o inminente, no debe hacerse exclusivamente con base en apreciaciones subjetivas –como la simple existencia de temores o de alarma– sino con base en criterios objetivos. En cada caso el

juez debe proceder a la verificación empírica de los hechos que se han presentado y de los cuales se cree derivar una amenaza, y al estudio de las circunstancias reales. Ello con el fin de examinar si se puede concluir que en un contexto similar se pueda temer, de manera razonable o con cierto grado de probabilidad, que se presente la vulneración de un derecho²⁵.

Un fallo de tutela de la Corte Constitucional puede ilustrar este tema. Al proteger el derecho a la vida de un exconstituyente y exguerrillero al cual la inteligencia militar había acusado ante los medios de comunicación de haber vuelto a la subversión, la Corte se ocupó del análisis de las circunstancias en que se dieron los hechos. De esta manera se tuvo en cuenta el alto nivel de enfrentamiento entre el Estado, los paramilitares y la guerrilla; los antecedentes de acuerdo con los cuales los miembros de organizaciones políticas de izquierda son con frecuencia víctimas de la violencia por considerárseles afectos a la guerrilla; las estadísticas que mostraban cómo el movimiento político Esperanza, Paz y Libertad –al que pertenecía el solicitante– había sido diezmado en más de un centenar de sus partidarios, y el hecho de que, reiteradamente, la acusación de ser guerrillero divulgada por organismos de seguridad del Estado era seguida del asesinato de la persona señalada²⁶.

La Corte Constitucional puntualizó en dicha oportunidad que para que proceda la tutela no se requiere

²⁴ Decreto 2591 de 1991, art. 14. Sobre la informalidad de la tutela puede verse Corte Constitucional, Sentencia T-501/93, MP. José Gregorio Hernández.

²⁵ En un sentido similar puede verse Corte Constitucional, Sentencia T-439/92, MP. Eduardo Cifuentes.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-525/92, MP. Ciro Angarita.

que la amenaza sea de especial gravedad, ni es necesario que se dé comienzo a los actos preparatorios de la comisión de un delito, ni que efectivamente se haya presentado una amenaza, siempre que se trate de una amenaza objetivamente probable. Ello porque los criterios que rigen la tutela difieren sustancialmente de los que se siguen en un proceso penal, también orientado a la protección de los derechos pero limitado a operar en casos más específicos.

14. La tutela procede también frente a la vulneración de un derecho, hipótesis en la cual tiene dos funciones que pueden ser concurrentes: evitar que la conducta activa u omisiva continúe y restablecer el derecho en la medida de lo posible. En este último evento se pueden presentar tres hipótesis: que la actuación u omisión que dan lugar a la violación del derecho persista en el momento de resolverse la tutela; que la conducta u omisión hayan cesado pero sus efectos permanezcan, y que el daño causado al derecho se haya consumado.

En el segundo de estos eventos lo determinante para definir la procedencia de la tutela es que los efectos nugatorios o restrictivos del disfrute de un derecho permanezcan, es decir, que coexistan con el trámite de la tutela. A este respecto ha dicho la Corte Constitucional que la tutela procede inclusive frente a actuaciones que se realizaron antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, siempre que sus efectos persistan en el momento de estudio de la tutela, y por ende, después de la entrada en vigencia de la nueva Carta²⁷. *Contra-*

rio sensu, si las consecuencias negativas para un derecho cesaron antes de la promulgación de la Constitución de 1991 no procede la tutela, puesto que sus alcances no pueden ir más allá de los límites de la vigencia de la Constitución²⁸. En este último caso nos encontramos ya dentro de la tercera de las hipótesis aludidas.

En esta última hipótesis la tutela es improcedente debido a que su solicitud carece de sentido²⁹. El carácter inocuo de una tutela puede derivarse de dos causas distintas: cuando la conducta causante de una violación se ha superado porque cesó su comisión o se hizo lo omitido³⁰, y cuando el daño causado al derecho ya se ha consumado, es decir, cuando se han extinguido en forma total sus efectos³¹. Con todo, una misma acción de tutela puede no resultar procedente frente

Vladimiro Naranjo. En estas sentencias se tutelaron derechos como la vida frente a hechos ocurridos en 1984 y 1986.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-138/92, MP. Antonio Barrera y T-452/93, MP. Jorge Arango.

²⁹ Decreto 2591 de 1991, arts. 5 y 6 n.4.

³⁰ A manera de ejemplo de situaciones enervantes de la tutela pueden considerarse la reanudación de la prestación de servicios médicos por parte del Seguro Social, la expedición de una orden del Ministerio del Trabajo encaminada a constituir un tribunal de arbitramento y el trámite por parte del juez de un recurso de apelación. Ver Corte Constitucional, Sentencias T-044/93, MP. Jaime Sanín, T-249/93, MP. Vladimiro Naranjo y T-348/93, MP. Hernando Herrera.

³¹ Es el caso de una sanción de suspensión del ejercicio de una profesión cuyo término ya transcurrió o de la violación del derecho a la igualdad en el ejercicio de un cargo que ya no se tiene. Ver Corte Constitucional, Sentencias T-036/94, MP. José Gregorio Hernández y T-596/93, MP. Eduardo Cifuentes.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-374/93, MP. Fabio Morón y T-397/93, MP.

a derechos cuya violación se consumó y otorgarse en cambio en relación con aquellos derechos que siguen siendo objeto de vulneración³². Así mismo, a pesar de haber sido superadas las conductas violatorias y de haberse consumado el perjuicio infligido a un derecho, la tutela puede proceder en lo relativo al establecimiento de la indemnización y de las costas, si son procedentes³³.

15. La tutela protege los derechos fundamentales de las personas en sus relaciones con las autoridades y frente a la conducta de otros particulares en ciertos casos. La tutela opera en contra de actuaciones como de omisiones que den lugar al desconocimiento o a la falta de satisfacción de un derecho. En el primer caso la sentencia de tutela consistirá en una orden dirigida a la autoridad o al particular concernidos para que cesen sus acciones. Si se trata de la omisión o denegación de un acto el fallo dispondrá que se realice la conducta debida. Dentro de las omisiones que pueden dar lugar al otorgamiento de la tutela están aquellas relacionadas con la falta de cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en relación con el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Constituyen también omisiones las dilaciones injustificadas en que pueden incurrir los funcionarios judiciales en el trámite ordinario de los procesos, situaciones en las que opera la tutela en el ámbito de las actuaciones judiciales³⁴.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-596/93, MP. Eduardo Cifuentes.

³³ Decreto 2591 de 1991, art. 26. Corte Constitucional, Sentencia T-044/93, MP. Jaime Sanín.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-543/92, MP. José Gregorio Hernández y T-348/93, MP. Hernando Herrera.

16. La Constitución establece que la tutela puede interponerse frente a la acción o la omisión de los particulares que afecte un derecho fundamental. No es el artículo 86 de la Carta la única norma que permita afirmar que los derechos sean exigibles entre los particulares. Si se considera que la Constitución es un pacto de convivencia entre los miembros de la sociedad colombiana, puede afirmarse que los derechos constitucionales deben ser respetados por todos. Esta misma conclusión se desprende de la letra de la Carta Fundamental, pues en su Preámbulo anuncia que ella se promulga con el fin de garantizar a los integrantes del pueblo colombiano la convivencia. Así mismo, entre los deberes contemplados en el artículo 95 de la Constitución están los de respetar los derechos ajenos, y defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia.

Las especiales circunstancias en que una persona adquiere sobre otra una posición de supremacía material que se aparta del principio y el derecho a la igualdad que rige las relaciones entre los miembros de la sociedad, fueron consideradas por el Constituyente como justificatorias de una especial protección adicional, la procedibilidad de la acción de tutela. Con base en ello la Carta enunció los contextos en los cuales esta acción tiene cabida: cuando se dirija contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, cuando su conducta afecte de manera directa y grave el interés colectivo, y contra quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Estas causales de procedibilidad fueron desarrolladas por el legislador en una lista de circunstancias que no

puede considerarse exhaustiva o excluyente de otras posibilidades que se encuentren comprendidas dentro de los parámetros generales establecidos a este respecto por la Constitución³⁵.

Entre los particulares en contra de los cuales puede interponerse la tutela están aquellos que prestan los servicios públicos de educación, salud y los servicios públicos domiciliarios, cuando amenacen o violen cualquiera de los derechos fundamentales³⁶. Ha entendido también la Corte Constitucional que los casos de subordinación de un particular a otro no se limitan al ámbito de las relaciones laborales. Por otra parte, la Corte ha dicho que las circunstancias de indefensión son aquellas en que se encuentra una persona cuando carece de medios materiales o legales de defensa. Las situaciones de subordinación o de indefensión deben ser apreciadas por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto³⁷. La tutela procede en estos eventos para la garantía de todos los derechos fun-

damentales³⁸. El estado de indefensión se presume cuando el solicitante es un menor de edad³⁹.

La ley ha previsto tres casos especiales en que puede usarse la tutela contra particulares en consideración de la relevancia del derecho que se busca defender. Se trata de las acciones encaminadas a asegurar la vigencia de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas (artículo 17 CP.), de la vigencia del derecho a conocer y rectificar informaciones a través del *habeas data* (artículo 15 CP.) y cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas a los medios de comunicación (artículo 20 CP.)⁴⁰.

17. La tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos, por lo cual sólo opera cuando no exista otra acción judicial mediante la cual sea posible defender el derecho en peligro o afectado. A este respecto es necesario insistir en que el otro mecanismo a que se alude debe ser de índole judicial, por lo cual procedimientos de carácter administrativo como los de la vía gubernativa no pueden excluir o postergar el uso de la acción de tutela⁴¹. En la decisión que atañe a la subsidiariedad de la tutela no está involucrado sólo el

³⁵ Decreto 2591 de 1991, art. 42. A manera de ejemplo puede citarse al servicio de transporte como uno de los servicios públicos no contemplados en esta norma y cuya prestación deficiente podría ser objeto de tutela.

³⁶ La Corte Constitucional declaró inexecutable el aparte final de los numerales 1 y 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los cuales limitaban sólo a la mengua de ciertos derechos fundamentales la procedibilidad de la tutela contra particulares que presten los servicios de salud y educación. Sentencia C-134/94, MP. Vladimiro Naranjo.

³⁷ Catalina Botero, "Desarrollo de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales", en: Corte Constitucional, *La Corte Constitucional y la garantía de los derechos y deberes fundamentales*, Bogotá, mimeo, 1995, pág. 61.

³⁸ El aparte inicial del numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 que limitaba la procedibilidad de la tutela en estos casos a la defensa de los derechos a la vida y a la integridad personal fue declarado inexecutable. Corte Constitucional, Sentencia C-134/94, MP. Vladimiro Naranjo.

³⁹ Decreto 2591 de 1991, art. 42 n.9.

⁴⁰ Decreto 2591 de 1991, artículo 42, ns. 5, 6 y 7.

⁴¹ Decreto 2591 de 1991, art. 9.

cumplimiento del derecho de acceso a la justicia, sino que en lo fundamental se trata de velar por la aplicación del principio y derecho fundamental a la efectividad de los derechos⁴². (supra, 6). Por ello, tal como lo definen la ley y la jurisprudencia, la existencia de otro mecanismo judicial debe ser apreciado por el juez en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias fácticas en que se encuentre el solicitante. Por lo tanto no basta con que la ley prevea una acción o recurso judicial utilizable, sino que además éste debe ser al menos igualmente rápido y eficaz como lo es la tutela para proteger el derecho ofendido o con probabilidad de ser violado. De no admitirse la tutela, el mecanismo que puede ser usado en primer lugar debe ser indicado con precisión y claridad por el juez.

No obstante, la tutela puede ser usada de manera principal y no subsidiaria cuando se busque evitar un perjuicio irremediable. En este caso la posibilidad de hacer uso de la tutela no queda condicionada a que se interpongan los recursos ordinarios pertinentes, sino que ésta podrá solicitarse de manera directa. La apreciación de la existencia o probabilidad de un perjuicio irremediable puede hacerse tanto frente a la violación de un derecho como cuando se presenta una amenaza⁴³.

18. La definición legal del concepto de perjuicio irremediable que

lo reducía a aquel que sólo pudiera ser reparado en su integridad mediante una indemnización fue declarada inexecutable. La norma legal sustituía la norma constitucional que lo contempla, reduciendo notablemente su ámbito de aplicación. Con ello, al mismo tiempo, una norma de menor jerarquía limitaba la vigencia de una norma constitucional agotando las posibilidades de su interpretación⁴⁴. Por lo tanto corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina avanzar en la definición de criterios que permitan identificar el carácter no remediable del daño infligido a un derecho.

Por lo pronto puede afirmarse que la declaratoria de inexecutable de la norma que preveía su definición legal no significa que el criterio allí expresado no pueda usarse en lo sucesivo con este fin. El efecto de la sentencia de inconstitucionalidad consiste más bien en que la imposibilidad de restablecer un perjuicio por vía distinta a la compensación monetaria no sea el único criterio que pueda seguirse, sino apenas uno de ellos.

Por otra parte, la ausencia de posibilidades de reparar un bien jurídico violado no debe tener relación necesariamente con la extensión del daño o con su magnitud. Por lo tanto, no es indispensable que el perjuicio sea total o grave⁴⁵. Puesto que con la tutela se busca la eficacia de los derechos, basta con que el derecho resul-

⁴² Decreto 2591 de 1991, art. 6 n. 1. Corte Constitucional, Sentencias T-006/92, MP. Eduardo Cifuentes y T-222/93, MP. Ciro Angarita.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias T-043/93, MP. Ciro Angarita y T-225/93, MP. Vladimiro Naranjo.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-531/93, MP. Eduardo Cifuentes.

⁴⁵ En la sentencia de la Corte Constitucional T-225/92, MP. Vladimiro Naranjo, se afirma como uno de los criterios para establecer si se está ante un perjuicio irremediable el que éste sea grave.

te vulnerado y no sea posible recuperarlo en su integridad, o lo que es lo mismo, que no se pueda volver las cosas al estado anterior, sin importar si se trata de un daño parcial⁴⁶ o leve.

Visto el problema desde esta perspectiva, lo irremediable de un perjuicio no se define exclusivamente por sus propias características, sino que puede depender también de las condiciones de ejercicio del derecho menguado o extinguido, y de su aptitud intrínseca para ser restablecido. La posibilidad de recuperar un derecho puede depender de circunstancias de tiempo, como cuando hasta un determinado momento, y nunca después, es posible ejercitarlo,⁴⁷ o de la “vocación” del derecho para ser reparado, lo que se excluye de manera absoluta en la violación de derechos como la vida.

Subsisten además los parámetros que la ley fija en relación con aquellos eventos en los que no se presenta tal tipo de perjuicio. Entre ellos están los casos en que la tutela esté orientada a ordenar el reintegro o la promoción a un cargo, la entrega de un bien o la devolución de una suma de dinero. No obstante, según la Corte Constitucional, la aplicación de estos criterios debe hacerse “con sumo tacto”, pues las circunstancias particulares de cada situación pueden hacer

que, a pesar de presentarse uno de los supuestos que excluyen el carácter irremediable de un perjuicio, éste puede tener lugar⁴⁸.

19. Cuando la tutela se usa con el fin de evitar un perjuicio irremediable su vigencia es apenas transitoria, por lo cual lo dispuesto en la sentencia tiene una validez temporal y lo decidido está supeditado a lo que resuelva de fondo el juez ordinario. Para interponer la tutela como mecanismo transitorio no se requiere haber presentado con anterioridad los recursos ordinarios correspondientes; ello podrá adelantarse de manera simultánea y en todo caso deberá hacerse antes de que transcurran cuatro meses contados a partir del momento en que se haya adoptado el fallo de tutela⁴⁹.

De manera oficiosa el juez puede conceder la tutela en términos distintos a aquellos en los que fue solicitada, como cuando al resultar improcedente su petición como tutela definitiva, el juez la otorga como tutela transitoria⁵⁰. El uso de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable es una de las tres excepciones a la imposibilidad de instaurar tutela contra sentencias⁵¹.

⁴⁶ En este sentido Corte Constitucional, Sentencia T-571/92, MP. Jaime Sanín.

⁴⁷ A manera de ejemplo puede verse la sentencia de la Corte Constitucional T-145/93, MP. Eduardo Cifuentes, en la que se tutela de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable a una sociedad que, al ser excluida de un registro de proponentes, no tiene oportunidad de participar en una licitación pública.

⁴⁸ Decreto 306 de 1992, art. 1. Corte Constitucional, Sentencias T-003/92, MP. José Gregorio Hernández y T-046/92, MP. Eduardo Cifuentes.

⁴⁹ Decreto 2591 de 1991, art. 8.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-441/92, MP. Alejandro Martínez.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencias C-543/92, MP. José Gregorio Hernández y T-043/93, MP. Ciro Angarita.

20. La decisión del juez de tutela de primera instancia puede ser impugnada. En todos los casos el fallo de segunda instancia del superior jerárquico respectivo debe ser enviado a la Corte Constitucional para su revisión eventual. La revisión no es propiamente un recurso ni está orientada a corregir las equivocaciones que se hayan podido cometer en el trámite del caso, ni ella entraña el rigor del recurso ordinario de revisión. La revisión eventual tiene más bien una justificación de interés general, puesto que se trata del cumplimiento de la función de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución que ella misma le encarga a la Corte.

La Corte Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios que orientan la selección de las sentencias con el objeto de ser revisadas: cuando existan dudas sobre el carácter fundamental de un derecho; cuando se trate de la flagrante violación de un derecho no tutelado en la debida forma por los jueces de instancia; cuando se trate de fallos que contraríen la jurisprudencia de la Corte; cuando se hayan cometido notorios errores de derecho por parte de los jueces; cuando se trate de temas de gran impacto público o en los que pueda resultar afectado un número plural de personas, y cuando sea necesaria la labor de interpretación unificadora de la jurisprudencia por parte de la Corte⁵².

Un primer balance que de sus actividades hiciera la Corte Constitucional muestra que en desarrollo de la revisión eventual de las acciones de tutela en 1992 concedió 83 tutelas

y negó 480; en 1993 concedió 171 y negó 223, y durante 1994 concedió 192 y negó 167⁵³. Ello puede indicar que en sus primeros años de existencia la jurisprudencia de la Corte fue evolucionando hacia una protección cada vez mayor de los derechos y que los solicitantes han ido adquiriendo un mayor conocimiento acerca del uso de la tutela⁵⁴.

⁵³ Corte Constitucional, *La Corte Constitucional y la guarda de los derechos y deberes fundamentales*, Bogotá, Mimeo, 1995, pág. 126.

⁵⁴ Ver Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1995*, Bogotá, CCJ, 1996, pág. 96.

⁵² Catalina Botero, op.cit., pág. 76.

Artículo 87

*Toda persona podrá acudir
ante la autoridad judicial
para hacer efectivo el
cumplimiento de una ley o
un acto administrativo. En
caso de prosperar la
acción, la sentencia
ordenará a la autoridad
renuente el cumplimiento
del deber omitido.*

1. El incumplimiento de la ley es uno de los elementos básicos de la crisis política colombiana. No se trata solamente de las limitaciones a su efectividad que subyacen a toda norma de derecho, sino de una situación de cotidiana y recurrente ausencia de vigencia real de las normas jurídicas, de un alto nivel de ineficacia del orden legal. Estas circunstancias ponen en evidencia un proceso de desinstitucionalización del régimen político y de deterioro del Estado de derecho. Muchas veces se afirmó que la crisis de la Constitución de 1886 no se derivaba de ella misma, sino de su falta de aplicación, y con ello, de la ausencia de acatamiento de las normas legales que la desarrollaban. A esta apreciación no deja de asistirle en parte la razón pues múltiples eran los aciertos de la Carta derogada y de las numerosas leyes expedidas durante su vigencia con buen sentido e inspiración democrática. No se trata tampoco de postular que el cumplimiento de la ley pueda dar solución por sí solo a la compleja problemática nacional, pero sí de insistir en las posibilidades que tiene el derecho de contribuir al mejoramiento de la situación colombiana¹.

2. Con la acción de cumplimiento el Constituyente del 91 amplió las competencias de la rama judicial, asignándole la tarea de asegurar el cumplimiento de sus deberes a las autoridades ejecutivas, en la perspectiva de evitar que la labor legislativa se convirtiera en letra muerta. En este contexto, el sentido de estrategia moderna de separación de los poderes pú-

blicos no sólo apunta a evitar el despotismo que se pueda derivar de la concentración de todas las facultades estatales, sino también a lograr por concurrencia que las actuaciones de cada uno tengan consecuencias en la realidad social.

La acción de cumplimiento puede entenderse como otro mecanismo de participación ciudadana por las vías judiciales en el control de la gestión del Estado y en su modernización, carcomido como está por la desidia, la negligencia o la arbitrariedad. A la vez, junto con la acción de tutela, la acción de cumplimiento se convierte en un nuevo mecanismo judicial de control de la administración en busca de su reacondicionamiento dentro de los cánones del Estado de derecho.

3. La acción de cumplimiento no pudo ser usada hasta el segundo semestre de 1997, cuando fue finalmente reglamentada. Así como ocurrió con las acciones populares, las de cumplimiento fueron paralizadas durante más de un lustro luego de promulgada la Constitución. De esta manera la neutralización por vía de ausencia de desarrollo legal puede catalogarse como una forma indirecta de contrarreforma. Por su parte, a pesar de considerarla una vía adecuada en los casos de su conocimiento, los jueces se abstuvieron de darle trámite aduciendo la falta de desarrollo legal².

La ley había creado con anterioridad una acción de cumplimiento operante exclusivamente en asuntos ambientales³. Pero la concepción de de-

¹ Consideraciones como éstas pueden encontrarse en Presidencia de la República-CIS, Transcripción de los debates de la ANC, Comisión I, 6 de mayo.

² Corte Constitucional, Sentencias C-001/92, MP. Simón Rodríguez y T-321/93, MP. Carlos Gaviria.

³ Ley 99 de 1993, artículos 77 a 82.

recho privado y específicamente civilista que subyace a ella ha impedido que tenga un uso importante. Concedido su trámite a la manera de un procedimiento ejecutivo, la acción de cumplimiento ambiental no sigue los principios de celeridad, publicidad, economía, prevalencia del derecho sustancial y eficacia que están a la base de las acciones de cumplimiento, en cuanto mecanismos constitucionales de protección del orden jurídico y de los derechos.

La ausencia de desarrollo legal de esta norma llevó a preguntarse por la existencia de otros medios alternativos para lograr el cabal acatamiento de las leyes y los actos administrativos, entre ellos por las posibilidades que en este campo tendría la acción de tutela. Se ha dicho que frente al desconocimiento de disposiciones jurídicas de naturaleza general no es procedente la acción de tutela⁴. Tal afirmación es parcialmente correcta, pues la tutela sí es procedente en estos casos cuando además del incumplimiento de una norma general se demuestre que las autoridades causaron la violación de un derecho fundamental. Así lo entendió la Corte Constitucional cuando ordenó el cumplimiento de un acto administrativo —una resolución de la Alcaldía Mayor de Bogotá— debido a que su falta de acatamiento había originado la violación del derecho fundamental al trabajo de un grupo de docentes, en conexión con los principios mínimos del Estatuto del trabajo (artículo 53 CP.)⁵. En cambio, la acción de cumplimiento no

es procedente cuando se trate de proteger derechos que puedan ser garantizados mediante la tutela⁶.

4. La acción de cumplimiento opera tanto frente a la omisión de la autoridad que da lugar al incumplimiento del deber de hacer efectivas las leyes y los actos administrativos, como frente a la acción que causa una violación de disposiciones de esta misma naturaleza⁷.

Todas las personas son titulares de esta acción, por lo cual pueden hacer uso de ella los menores. Tiene por objeto el cumplimiento de las leyes expedidas por el Congreso como también todos los decretos con fuerza material de ley, y los actos administrativos. Los jueces de conocimiento son los pertenecientes a la jurisdicción contencioso-administrativa. La acción de cumplimiento será procedente cuando se haya configurado un incumplimiento de las normas, así como también cuando existan hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento, ocasión en la cual tendrá fines preventivos. Puede interponerse contra particulares cuando éstos actúen o deban hacerlo en ejercicio de funciones públicas⁸.

La Corte Constitucional ha dicho que cuando se trata de hacer cumplir leyes de contenido patrimonial, la procedibilidad de esta acción está condicionada a la existencia de la asignación presupuestal respectiva, de acuerdo con el principio de la legalidad del gasto, previsto en el artículo

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 6, 115, 150, 189, 209, 277 ns. 1 y 5.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 7, col. 1)
Primer Debate, artículo 6 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 86 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 6
Plenaria: junio 5, 14 y 29

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-321/93, MP. Carlos Gaviria.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Angarita.

⁶ Ley 393 de 1997, art. 9.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-321/93, MP. Carlos Gaviria y Ley 393 de 1997, art. 8.

⁸ Ley 393 de 1997, arts. 1, 3, 4, 8 y 6.

LEGISLACION

Ley 99 de 1993, artículos 77
a 82

Ley 393 de 1997

345 de la Constitución⁹. En contraposición a este criterio jurisprudencial y cayendo en el terreno de lo inconstitucional, el párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 define como improcedente la acción de incumplimiento cuando esté relacionada con normas que establezcan gastos.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-003, T-410, T-425,
T-444, T-457, T-473.

1993

T-128, C-301, T-321,
T-382, T-472, T-509,
C-555.

1994

C 020, T-140, T-296,
T-354, T-431, C-490,
C-566.

1995

T-122, T-456, T-464.

1996

T-001, T-162, T-290,
C-543.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-382/93
MP. Alejandro Martínez.

Artículo 88

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

1. La Carta de 1991 le ha dado a los derechos colectivos el rango de derechos constitucionales. En el Estado social los derechos y los intereses colectivos adquieren renovada importancia por lo cual se hacen objeto de una especial protección, pues se crean instrumentos judiciales específicos para su defensa: las acciones populares.

En cuanto instrumentos de protección de derechos constitucionales, las acciones populares se convierten en mecanismos concretos de control constitucional. Quizás a ello se deba el traslado de las acciones populares del ámbito del derecho privado –reguladas hasta ahora por el derecho civil– al derecho público,¹ requiriéndose para ellas una nueva regulación más de naturaleza constitucional y similar a la que rige el trámite de la tutela.

2. El artículo constitucional establece algunos criterios básicos para la definición de aquellos bienes jurídicos que pueden ser defendidos mediante las acciones populares. En primer lugar esta disposición no sólo se ocupa de los derechos colectivos, sino que se refiere también a lo que el Constituyente denominó “intereses colectivos”. Por lo tanto no se necesita que lo amenazado o vulnerado haya sido calificado como derecho. Basta con que se trate de un interés colectivo legítimo.

En segundo lugar la disposición comentada no exige que los derechos e intereses a los que alude tengan rango

constitucional, por lo que para ser objeto de esta protección es suficiente que con que se tenga algún arraigo en las normas de nivel legal.

En tercer lugar la norma no define específicamente los derechos y los intereses que gozan de la protección de las acciones populares, sino que enuncia algunas materias con las que se relacionan los derechos y los intereses colectivos. Son ámbitos como el espacio público y el ambiente, cuyos derechos respectivos gozan de consagración constitucional específica (artículos 79, 80 81 y 82). Además, la norma hace referencia al patrimonio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa y la libre competencia económica, por lo cual las acciones populares están llamadas a desempeñar un papel importante en la defensa de las riquezas nacionales de toda índole –p.e. del patrimonio arqueológico–, en los esfuerzos democráticos por mejorar las condiciones de la seguridad ciudadana y la convivencia social, en la lucha por el mejoramiento de las condiciones básicas del bienestar, en la lucha contra la corrupción en todas las esferas del Estado, y en el mejoramiento de las condiciones del mercado desde el punto de vista de su democratización, de la equidad y de la defensa de sus protagonistas frente a las conductas desleales. El artículo 88 comentado no hace una enunciación taxativa de las materias en relación con las cuales proceden las acciones populares, sino que da al legislador la atribución de ampliar el número de ellas. Finalmente en el artículo 78 la Carta también contempla como colectivos los derechos de los consumidores, y por tanto también gozan de la protección de las acciones populares.

¹ Según la Corte Constitucional la consagración constitucional de las acciones populares le da nueva dinámica y mayor efectividad al derecho público colombiano. Sentencia T-528/92, MP. Fabio Morón.

3. Las acciones populares tienen asiento en la legislación colombiana ya desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876. El Código Civil vigente contempla como acciones populares la del artículo 91, en favor del concebido y no nacido; la del artículo 992, para evitar el peligro de un árbol mal arraigado; la del artículo 994, contra obras que contaminen el aire; la del artículo 2355 en defensa de la seguridad de los transeúntes; la del artículo 1005, en favor de los bienes de uso público y la del 2359, o acción popular de daño contingente. Otras acciones populares están previstas en el Estatuto del consumidor (Decreto 3466 de 1982, artículo 36), en la Ley de reforma urbana (Ley 9 de 1989, artículo 8), en la normatividad agraria (Decreto 2303 de 1989, artículos 118 y 139) y en la Ley 45 de 1993, artículo 76, y en el artículo 1.2.3.2. del Decreto 653 de 1993 (Estatuto orgánico del mercado público de valores), para garantizar la libre competencia en el sistema financiero. Para el trámite de estas acciones se ha previsto el proceso abreviado (Decreto 2651 de 1991, artículo 49), y sus resultados tienen efectos *erga omnes* (Código de Procedimiento Civil, artículo 332 inciso 3). Existen también normas que regulan los perjuicios colectivos derivados de un hecho punible (Código de Procedimiento Penal, artículos 43, 45, 48 y 56). Su escasa aplicación así como sus alcances limitados hacían necesario que se fortalecieran los mecanismos de protección de los bienes colectivos. Por ello el Constituyente del 91 dio rango constitucional a las acciones especializadas en su protección ampliando a su vez su radio de aplicación, prefigurando un nuevo procedimiento desprovisto de formalidades, preferente y rápido, y

aumentando con ello los caminos de acceso a la justicia y su eficacia.

4. Proistos de la función de fallar los procesos instaurados a través de las acciones populares, los jueces adquieren nuevos y más grandes poderes para la defensa de los derechos de las personas, así como mayores atribuciones para obrar frente a quienes los amenacen o vulneren, como pueden serlo el mismo Estado y los sectores económicos más poderosos.

5. Las acciones populares previstas en la Carta Fundamental pueden usarse de manera preventiva frente a la amenaza de un derecho colectivo,² o para detener su vulneración. En ningún caso su función atañe a la reparación de los perjuicios causados, lo que no excluye el pago de una recompensa al actor que promovió la acción. Pueden dirigirse contra las autoridades en razón de su acción o de su omisión, o contra los particulares. En cuanto con estas acciones se trata precisamente de garantizar derechos e intereses colectivos, en su fundamento se halla el principio constitucional de la prevalencia del interés general (artículo 1 CP.) el cual debe iluminar su trámite, la interpretación de las normas concernientes y las decisiones de fondo que de ellas se desprendan.

Las normas de procedimiento que rigen el trámite de las acciones populares previstas en el Código Civil no son las más adecuadas³. Los procesos especiales previstos en la ley civil tienen origen en la necesidad de dar

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 49, 78 a 82, 95 n.8, 282 n.5

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión V, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 34, col. 3) y artículo 3 (G.C., N° 83, pág. 35, col. 1)
Primer Debate, artículo final (G.C., N° 109, pág. 7, col. 2)
Comisión Codificadora, artículo 87 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 6
Comisión IV: abril 17
Comisión V: abril 12 y 16
Plenaria: junio 10, 14 y 29
Comisión codificadora: junio 22

² Corte Constitucional, Sentencia T-528/92, MP. Fabio Morón.

³ El procedimiento abreviado, según lo establece el Decreto 2651 de 1991, artículo 49.

LEGISLACION

Código de Procedimiento Penal, artículos 43, 45, 48 y 56

Código de Procedimiento Civil, artículo 332 inciso 3

Código Civil, artículos 91, 992, 994, 1005, 2355, 2359, 2360, Decreto 3466 de 1982, artículo 36

Ley 9 de 1989, artículo 8

Decreto 2303 de 1989, artículos 118 y 139

Decreto 2651 de 1991, artículo 49

Ley 12 de 1992

Ley 16 de 1992

Ley 24 de 1992

Ley 29 de 1992

Ley 45 de 1993, artículo 76,

Decreto 653 de 1993, artículo 1.2.3.2.

Ley 99 de 1993, artículo 75

solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual. De ahí su falta de idoneidad para dar adecuada protección a derechos de carácter colectivo.

De esta manera no bastaría con diseñar otro procedimiento civil ordinario como vía para tramitar las demandas de protección de los derechos colectivos. Es necesario elaborar un nuevo procedimiento que se ajuste a los caracteres específicos de los derechos a proteger tanto para el trámite de las acciones ya previstas en la legislación, como para aquellas creadas por la nueva norma constitucional.

6. En ausencia de la reglamentación de las acciones populares previstas en la Constitución, la jurisprudencia ha encontrado procedente que se dé uso a la acción de tutela para la protección de los derechos colectivos, siempre que el actor se encuentre directamente afectado y cuando de la amenaza o vulneración del derecho al ambiente se derive un perjuicio a un derecho fundamental como la vida o la salud. La tutela también puede usarse para proteger los derechos colectivos cuando se trate de impedir un perjuicio irremediable⁴.

7. Las acciones populares han sido ejemplo de la contrarreforma de la Constitución por la vía de la oposición a su desarrollo legal. Presentados varios proyectos para su reglamentación por el Defensor del Pueblo —con el apoyo de 68.000 firmas de ciudadanos— por congresistas de diferentes sectores políticos y sociales, entre ellos miembros del Partido Liberal, del Movimiento Cristiano y de las Comunidades Afrocolombianas,

⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 6 numeral 3.

el proyecto tan solo se encuentra para sanción presidencial en 1997. Especial mención merece la ausencia de impulso por parte de los gobiernos Gaviria y Samper, y la oposición que hicieron a mediados de 1995 varios de los gremios económicos, entre ellos la ANDI, Fenalco, Asobancaria, Camacol, SAC, cuya animadversión al proyecto manifestado a su ponente hundiera en aquella oportunidad la iniciativa⁵. El desarrollo económico conspira contra sí mismo cuando no se interesa por el uso adecuado de los recursos naturales y no le importan los perjuicios que pueda causar a la comunidad, especialmente a los más pobres. La sociedad colombiana sólo es viable, sólo podrá alcanzar la paz, en la medida en que todos sus habitantes tengan en ella protección frente a los abusos de los demás, sobre todo de los más poderosos.

8. Con el fin de dotar a las personas de instrumentos de protección judicial de los derechos frente a todas las eventualidades en que su integridad se pueda ver afectada, en su inciso segundo el artículo 88 encarga a la ley la regulación de las acciones de grupo o de clase. Entre los antecedentes de estas acciones puede citarse la acción civil popular prevista en el Código de Procedimiento Penal, la cual ha sido calificada por la Corte Constitucional como una acción de grupo⁶. Las acciones de clase pueden ser usadas para defender todo tipo de derechos cuando resulte perjudicado un grupo de personas. Por esta vía, entonces, pueden defenderse derechos

⁵ Ver Gaceta del Congreso, Nos. 110, 207, 217 y 493 de 1995.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-536/94, MP. Antonio Barrera.

fundamentales, derechos e intereses colectivos, o derechos de rango legal⁷. El objeto de estas acciones es lograr la indemnización de los daños causados.

A diferencia de las acciones populares las de clase requieren de la existencia de un daño, por lo cual no pueden usarse de manera preventiva. Los proyectos de ley sobre esta materia han establecido que esta acción pueda ser ejercitada por cualquiera de las víctimas en su propio nombre y en el de los demás, es decir, en nombre de aquellas que no se hacen parte en el proceso pero han sido perjudicadas por hechos producidos por una misma causa. La sentencia tiene efectos *erga omnes* y beneficia a los presentes en el proceso y a los ausentes que demuestren posteriormente interés en él.

9. La Constitución invita al legislador a crear un régimen de responsabilidad civil objetiva, es decir una regulación de la obligación de indemnizar los perjuicios económicos causados por la violación del derecho, sin que para ello sea necesario establecer alguna forma de culpabilidad del autor. Quien causare tales perjuicios sólo podrá ser absuelto del pago si demuestra que existió fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima⁸. De esta manera se amplía el radio de protección de los derechos frente a eventuales perjuicios económicos. Según la norma consti-

tucional comentada, este avance se circunscribe a la protección de aquellos bienes jurídicos cuya afectación tiene mayores consecuencias negativas para la comunidad, es decir, a la reparación de los daños causados a derecho e intereses de carácter colectivo. Las acciones adecuadas para reclamar la reparación individual de estos perjuicios son las acciones de responsabilidad extracontractual ante las jurisdicciones ordinarias o especializadas, y las acciones de clase cuando se trate de pedir en grupo la reparación de los daños⁹.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-406, T-415,
T-425, T-437, T-473,
T-518, C-541.

1993

C-018, C-204, T-225,
T-229, T-231, T-251,
T-259, T-308, T-320,
T-366, T-376, T-380,
T-418, T-449, T-471,
C-531, T-551, T-552.

1994

T-001, T-014, T-028,
C-046, T-066A, T-140,
T-171, T-206, T-210,
T-219, T-322, T-354,
T-422, T-431, T-437,
T-469, T-500, C-519,
T-523, T-572.

1995

T-023, T-066, T-111,
T-122, T-150, T-171,
T-213, C-328, T-379,
T-456, T-547, T-575.

1996

T-162, T-200, T-257,
T-287, T-462, C-543.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-528/92, MP. Fabio Morón y SU-067/93, Ms.Ps. Fabio Morón y Ciro Angarita.

⁸ Gilberto Martínez Ravé, *Responsabilidad civil en Colombia*, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1995, pág. 68.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-067/93, Ms.Ps. Fabio Morón y Ciro Angarita.

Artículo 89

*Además de los consagrados
en los artículos anteriores,
la ley establecerá los demás
recursos, las acciones, y los
procedimientos necesarios
para que puedan
propugnar por la
integridad del orden
jurídico, y por la
protección de sus derechos
individuales, de grupo o
colectivos, frente a la
acción u omisión de las
autoridades públicas.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 6, 78 a 88, 90, 93, 121, 122, 229.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 6, col. 3)
Primer Debate, artículo 3 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 88 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión V: abril 16
Plenaria: junio 4, 14 y 29

LEGISLACION

1. La voluntad del Constituyente de garantizar la efectividad de los derechos fue más allá del contenido mismo de la Constitución. Consciente de las limitaciones de la coyuntura y de la conciencia jurídica del momento, el Constituyente dejó un preciso encargo al legislador orientado al establecimiento de mecanismos administrativos y acciones judiciales distintos a los previstos en los artículos 84 a 88 de la Carta, de manera similar a lo que dispone el artículo 94 CP. Los nuevos instrumentos deberán tener por objetivo proteger de una mejor manera la dignidad humana. Esta disposición menciona tanto a los mecanismos de protección del orden jurídico como de los derechos, y entre éstos hace referencia a los derechos individuales y a los colectivos. Los nuevos mecanismos estarán orientados, según la Constitución, a velar por la integridad de los derechos de las personas frente al irrespeto causado por el Estado, tanto por su acción como por la omisión del cumplimiento de sus funciones.

2. No se trata por tanto de una reiteración de la facultad general del legislador de crear instrumentos de protección de los derechos (artículos 150 y 152 literal a) CP.), que haría inocua esta norma¹. A las normas constitucionales hay que leerlas siguiendo el buen sentido que quiso darles el Constituyente, y asegurándoles su mayor eficacia. Lo que contempla el artículo constitucional comentado es un verdadero deber del legislador de crear vías complementarias a las previstas en la Carta,² de acuerdo con las

nuevas exigencias de la época y con el desarrollo del pensamiento jurídico. De esta manera, en medio del trámite lento y a veces indolente de la labor legislativa, la Constitución hace un llamado al Congreso para que dedique sus esfuerzos a tornar más eficaz la garantía de los derechos. Tal imprecación no es de extrañar en un cuerpo como la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que tuvo cabal conciencia de los múltiples e indignantes abusos en los que incurren las autoridades del Estado en detrimento de los derechos humanos.

3. Este deber del legislador de orden interno también existe en el orden internacional. Varios son los tratados de derechos humanos que contemplan la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas para hacer efectivos los derechos reconocidos³. La creación de mecanismos de protección de los derechos tiene inclusive el carácter de un derecho, pues los tratados reconocen el derecho a interponer un recurso efectivo para la protección de las personas⁴.

4. En esta norma concurren varias estrategias de protección de los derechos: la ampliación de las vías de acceso a la justicia, la participación ciudadana a través del ejercicio de las acciones judiciales y el fortalecimiento del poder de los jueces. De esta manera se busca evitar que el irrespeto de los derechos o su falta de satisfacción no puedan ser conocidos y ser objeto de algún tipo de solución por parte de los jueces.

¹ Carlos Lleras de la Fuente, et al., op. cit., pág. 197.

² Corte Constitucional, Sentencia SU-067/93, Ms.Ps. Fabio Morón y Ciro Angarita.

³ Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 2.2. y Convención americana, art. 2.

⁴ Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 2.3.

5. El artículo 89 pudo estar a la base de la adopción de nuevos mecanismos de protección de los derechos tales como los contemplados en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Ley 248 de 1995), y la Ley 228 de 1996, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos juzgadas por determinados órganos internacionales de derechos humanos.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-444, T-468,
T-473, C-587.

1993

T-067, T-259, C-531,
T-596, T-597.

1994

C-507, C-513, T-536,
T-537.

1995

T-456.

1996

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
artículo 2.2.
Convención Americana,
artículo 2.

Artículo 90

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

1. La responsabilidad estatal tiene fundamento en el régimen constitucional que establece los fines y las características básicas del Estado. Ya desde las instituciones políticas que se originaron con la Revolución Francesa el Estado estuvo sujeto a responder por los daños que causara. Definido como un Estado de derecho y estando fundado en el respeto de la dignidad humana, el Estado instituido por la Constitución de 1991 está en la obligación de pagar una indemnización en caso de que la actuación de las autoridades cause un perjuicio. Ante tal eventualidad deberá responder tanto por acción como por omisión, puesto que sus obligaciones en relación con los derechos son de respeto y de garantía (artículos 1, 2 y 6 CP.)¹.

El pago de indemnizaciones hecho por el Estado con dineros del tesoro público, tiene sustento en el principio de solidaridad (artículos 1 y 95 n.2 CP.), lo cual se traduce en que el costo de los daños causados a un miembro de la sociedad se reparta proporcionalmente entre todos los contribuyentes².

2. Ya desde la vigencia de la Carta de 1886 la responsabilidad extracontractual del Estado se había sustentado en los artículos 16 y 20, según los cuales las autoridades estaban instituidas para proteger a las personas en su vida, honra y bienes, y los funcionarios eran responsables por la infracción de la Constitución y de la ley, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y por omisión. No obstan-

te, en el antiguo régimen constitucional no existía una norma que, como el artículo en estudio, hiciera referencia expresa a esta materia. Aunque según la opinión de algunos autores la responsabilidad del Estado no es un asunto del cual debiera ocuparse la Constitución,³ lo que parece cierto es que el nuevo orden constitucional le ha dado la relevancia que corresponde, habida cuenta de la reiterada violación de los derechos humanos derivada de la arbitrariedad estatal. De ahí el interés de la Constituyente por hacer mención de las obligaciones del Estado originadas en las actuaciones que puedan afectar los derechos de las personas.

La consagración constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado es una garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad del poder público. De ahí la decisión del Constituyente ubicarla en el capítulo correspondiente a la protección de los derechos. En principio, no es éste un mecanismo preventivo del desconocimiento de los derechos, pues se orienta en lo esencial a la reparación del perjuicio una vez se haya presentado. Pero las reiteradas condenas que en los últimos años ha proferido la jurisdicción contencioso-administrativa en contra del Estado, han dado lugar a que se tenga que disponer de un significativo rubro del tesoro público con el fin de cumplir con el pago de las indemnizaciones correspondientes, ocasionando la reacción de algunas voces de la opinión pública que, aduciendo razones económicas, llaman a un reaconductamiento de los agentes estatales.

¹ Dicha obligación también está prevista en los tratados de derechos humanos: Convención americana, art. 1.1 y Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 2.1.

² Ver Gilberto Martínez Ravé, op. cit., pág. 457.

³ Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, 1994, pág. 241.

3. La norma hace objeto de responsabilidad patrimonial al Estado en general, y por tanto, todas las actuaciones de las autoridades, sin importar a cual de las ramas u órganos del poder público pertenezcan, puede dar lugar a ella. Así, la norma permite avanzar al ordenamiento jurídico colombiano desde la definición general de la responsabilidad de las autoridades administrativas, hasta aquella que se origina en las actuaciones judiciales y en las leyes⁴.

La responsabilidad de los funcionarios judiciales tuvo alguna acogida ya en 1959 en la jurisprudencia adoptada bajo la vigencia de la Carta de 1886,⁵ pero fue en los regímenes civil y penal donde tuvo desde entonces estipulación expresa. Así, la ley civil prevé que el juez será responsable cuando proceda con dolo, fraude o abuso de autoridad, u omita o retarde injustificadamente una providencia, u obre con error inexcusable⁶. De la misma manera la ley penal obliga al Estado a pagar una indemnización en caso de que una persona sea privada injustamente de su libertad resultando luego exonerada de responsabilidad, y cuando prospere la revisión de una sentencia condenatoria,⁷ todo ello en concordancia con las normas internacionales de derechos humanos,

según las cuales las personas privadas de la libertad cuya sentencia haya sido revocada o hayan quedado libres luego de haberse comprobado la presencia de un error judicial, deben ser indemnizadas⁸. Es de esperar que estas normas legales tengan renovada aplicación, y que la legislación y la jurisprudencia progresen en la definición más amplia de las circunstancias de las que puede nacer la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de jueces y fiscales.

Desde esta perspectiva también es posible afirmar que la norma constitucional comentada da sustento a la responsabilidad del Estado originada en los hechos de las leyes. Las reticencias a avanzar en este sentido se deben a un entendimiento absoluto de la discrecionalidad del legislador y aducen que la naturaleza general de las leyes impide la individualización de los perjuicios. No obstante, este tipo de responsabilidad tiene antecedentes claros en la Constitución de 1886 pues, en su artículo 31, preveía que toda ley que diera nacimiento a un monopolio no podía aplicarse sino hasta cuando se indemnizara a los que en virtud de ella fueran privados de una actividad lícita.

La doctrina y la jurisprudencia francesas por su parte, han entendido que la indemnización por hechos de las leyes puede ser declarada cuando por su especialidad y gravedad el perjuicio causado sobrepasa las cargas públicas normales. La responsabilidad patrimonial derivada de las leyes puede ser más evidente cuando éstas

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 6, 121, 122, 124, 277 n.7.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886 :

Artículo 51

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 4 (G.C., N° 83, pág. 6, col. 3)
Comisión III, artículo 11 (G.C., N° 83, pág. 18)
Comisión IV, (G.C., N° 83, pág. 30, col. 1)
Primer Debate, artículo 4 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 92 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 6
Comisión III: mayo 15
Comisión IV: abril 11
Plenaria: mayo 22, junio 1, 5, 14, 29 y 30
Comisión codificadora: junio 10

⁴ En este sentido Gilberto Martínez Ravé, op. cit. pág. 68 y ss., Jaime Vidal Perdomo, op. cit., págs. 253 a 255, y Daniel Suárez, *La acción de reparación directa frente a la nueva Constitución de 1991*, en: Hernando Devis Echandia, et. al, *El derecho procesal y la nueva Constitución*, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1993, pág. 208.

⁵ Jaime Vidal Perdomo, op. cit., pág. 255.

⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 40.

⁷ Código de Procedimiento Penal, arts. 242 y 414.

⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 10 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.6.

LEGISLACION

Código Civil, artículo 63
 Código de Procedimiento Civil, artículo 40
 Código Penal, artículos 35, 36, 37 y 63
 Código de Procedimiento Penal, artículos 242 y 414
 Código Contencioso Administrativo, artículos 77, 78, 79, 82, 86 y 136.
 Ley 42 de 1993
 Ley 80 de 1993
 Ley 104 de 1993
 Ley 137 de 1994
 Ley 270 de 1996, artículos 65, 66, 71, 72 y 73

son declaradas inexecutable⁹. Dentro de esta hipótesis cabe tener en cuenta los decretos dictados en uso de los poderes de excepción que restrinjan derechos como la libertad y luego tengan que cesar en su aplicación debido a la inexecutable de la declaración del estado de excepción en que se basaron, o por violar de manera directa la Constitución. De esta manera el legislador de excepción también puede estar sujeto a esta responsabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad política que corresponda. En apoyo de esta afirmación puede citarse al artículo 214 n.5 de la Constitución que, en concordancia con los artículos 188 y 198, prescribe que el Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren un estado de excepción de manera injustificada o cuando abusen de los poderes de emergencia.

4. Los daños que el Estado está obligado a indemnizar son aquellos que pueden ser calificados como antijurídicos. La antijuridicidad a que hace referencia la norma constitucional comentada es predicada del daño en sí mismo y no de la manera en que se produjo, o lo que es lo mismo, de la conducta del agente estatal que lo causó. De esta manera, citando al tratadista español Leguina, el Consejo de Estado ha dicho que “un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por una norma jurídica”¹⁰.

⁹ Ver Jaime Vidal Perdomo, op. cit., págs. 253 y 254.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 1991 y Sentencia del 22 de noviembre de 1992.

Desplazada la antijuridicidad de la causa o de la conducta al daño “no hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en sumo grado objetiva”¹¹. Establecido el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado, ésta podrá declararse con base en las teorías de la igualdad ante las cargas públicas, de la falla del servicio o del riesgo creado. No resulta acertada por tanto una lectura de esta norma en el sentido de la responsabilidad subjetiva, teoría que por demás está en contravía de la tendencia universal hacia la búsqueda de la máxima protección de la víctima. Por lo tanto, no se trata de establecer si la conducta del funcionario fue antijurídica, condicionando la responsabilidad del Estado a la de sus agentes, pues la primera es independiente de la segunda. En consecuencia, el daño antijurídico puede originarse tanto en una conducta ilícita del Estado como en una causa lícita¹². La exclusión que hace la norma comentada de todo régimen de responsabilidad subjetiva ha dado pie a que la Corte Constitucional declare inexecutable una disposición legal que exigía la presencia de culpa grave para que existiera responsabilidad estatal¹³.

5. Además del carácter antijurídico del daño causado, es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta de los agentes públicos y el perjuicio. Son imputables al Estado aquellos daños causados por

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1992.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de julio de 1993.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-058/93, MP. Eduardo Cifuentes.

sus agentes en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas -el funcionario no vincula al Estado cuando actúa como particular-, y por los particulares que transitoriamente desempeñen funciones públicas¹⁴. De esta manera la posibilidad de responsabilizar al Estado por una actuación dañosa está condicionada a que el perjuicio haya sido causado por uno de sus agentes.

6. La legislación vigente desde antes de la expedición de la Carta de 1991 preveía la posibilidad de que el Estado repitiera contra el funcionario que dio lugar al perjuicio indemnizado¹⁵. La nueva norma constitucional obliga a que el Estado demande de sus agentes el cubrimiento de la indemnización pagada al particular, cuando éste haya actuado con dolo o culpa grave¹⁶. Ello conduce a una revisión de la conducta del funcionario desde el punto de vista de la culpabilidad, examen en el cual se tienen en cuenta los criterios penales¹⁷. En la determinación del grado de culpa es procedente la aplicación de los criterios propios de la ley civil, que distinguen entre culpa grave, leve y levisima¹⁸. Para la declaración de la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado y la obtención de la indemnización de los perjuicios causados se ha instituido la acción de reparación directa,¹⁹ que puede ser presentada contra la entidad estatal, contra el funcionario o contra ambos a un mismo tiempo²⁰.

¹⁴ Código Contencioso Administrativo, art. 82.

¹⁵ Código Contencioso Administrativo, art. 78.

¹⁶ Código Contencioso Administrativo, art. 77.

¹⁷ Código Penal, arts. 35 a 37.

¹⁸ Código Civil, art. 63.

¹⁹ Código Contencioso Administrativo, art. 86.

²⁰ Código Contencioso Administrativo, art. 78.

7. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han entendido que el artículo comentado también da sustento a cierto género de responsabilidad contractual del Estado²¹. Puesto que existe un conjunto de casos en asuntos contractuales en los que hay daño antijurídico sin que se haya presentado una conducta antijurídica, el daño antijurídico también puede ser fundamento de esta clase de responsabilidad. Ello da lugar a que en materia contractual, las fuentes de responsabilidad no se reduzcan a la responsabilidad subjetiva o por conducta antijurídica, ya que en los casos de responsabilidad contractual por daño antijurídico, las reglas de la responsabilidad extracontractual se introducen allí en lo pertinente de manera legítima. En cambio, la responsabilidad contractual del Estado por conducta antijurídica no parece tener sustento constitucional en el artículo comentado, pues éste sólo se refiere a la que se origina en la teoría del daño antijurídico. Por lo tanto no puede afirmarse que el artículo comentado contemple el régimen general de la responsabilidad del Estado.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias C-037/94, MP. Vladimiro Naranjo y C-333/96, MP. Alejandro Martínez. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 13 de julio de 1993 y del 8 de mayo de 1995.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-413, T-425,
T-426, T-444, T-457,
T-473, C-556.

1993

C-058, T-079, T-102,
C-149, C-214, T-290,
T-291, C-364, T-424,
T-437, C-531, T-596,
T-597.

1994

T-033, C-200, T-218,
T-231, T-279, T-329,
C-366, T-538, T-580.

1995

T-005, T-021, C-106,
T-197, T-285, T-310,
T-408, T-453, T-494,
T-500, T-548, T-553.

1996

T-076, T-204, C-221,
T-247, C-333, T-506,
T-705, T-714.

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políti-
cos, artículos 2.1 y 14.6.
Convención Americana,
artículos 1.1 y 10.

Artículo 91

*En caso de infracción
manifiesta de un precepto
constitucional en
detrimento de alguna
persona, el mandato
superior no exime de
responsabilidad al agente
que lo ejecuta.*

*Los militares en servicio
quedan exceptuados de
esta disposición. Respecto
de ellos, la responsabilidad
recaerá únicamente en el
superior que da la orden.*

1. En la búsqueda de la garantía eficaz de los derechos el Constituyente del 91 estableció un conjunto de mecanismos para su protección, dentro de los cuales reguló de manera expresa el tema de la responsabilidad. Luego de ocuparse de la responsabilidad del Estado, en el artículo en estudio la Constitución define las reglas de asignación o distribución de responsabilidad entre los agentes estatales involucrados en actos que den lugar a la violación de un precepto constitucional. Estas reglas tienen aplicación tanto en la definición de la responsabilidad penal, como de las responsabilidades administrativa y disciplinaria.

2. En su inciso primero la norma constitucional adopta la regla general que rige la responsabilidad de los funcionarios públicos: todos los que intervengan en un acto que desconoce de forma manifiesta la Constitución –tanto el superior que manda como el subordinado que atiende una orden– deben responder. Tal precepto da lugar a la inadmisión por regla general del principio de obediencia debida como eximente de responsabilidad. Puesto que la organización burocrática de la administración se estructura sobre el principio de la jerarquización (artículo 115 CP.), los funcionarios de menor jerarquía tienen el deber de obedecer las instrucciones de los superiores. Tal subordinación no es rígida, por lo cual siempre están en el derecho y en el deber de examinar si las órdenes que reciben son contrarias o no a la Constitución.

Por lo tanto sólo cuando se trata de infracciones del orden constitucional que no sean notorias o evidentes, la

existencia de una orden superior puede eximir de responsabilidad al funcionario.

3. El inciso segundo del artículo 91 introduce una excepción a la regla de la responsabilidad de todos los que intervengan en un acto violatorio de la Constitución. Cuando se trate del juzgamiento de las actuaciones de los militares, inclusive si se trata de una violación “manifiesta” de la Constitución –como dice literalmente el inciso primero– la responsabilidad recaerá exclusivamente en el superior que da la orden. Corresponde ahora preguntarse por el alcance de esta eximente de responsabilidad. De inmediato salta a la vista que una interpretación que diera carácter absoluto a esta causal de justificación conduciría al desconocimiento de normas constitucionales como el Preámbulo, los principios y los derechos, y obraría como una “licencia para matar” y cometer toda clase de actos infames contra la dignidad de las personas, al dejar a sus autores materiales a salvo de toda responsabilidad.

Por lo tanto, con base en una interpretación integral de la Constitución¹ y en desarrollo de un orden constitucional fundado en el respeto de la dignidad humana como es el de 1991, es imperativo circunscribir la validez del principio de obediencia debida en la determinación de la responsabilidad de los militares sólo a ciertas infracciones de la Constitución.

¹ El modelo de la coherencia o de la integridad es uno de aquellos vigentes en la interpretación jurídica contemporánea y ha sido desarrollada por Dworkin. Vide Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, págs. 45 y 46.

Concretamente, la obediencia debida sólo resultaría admisible en aquellos casos en que, a pesar de tratarse de una infracción evidente de la Carta, no se cause un detrimento a la dignidad humana. Es decir, sólo cuando se trate del desconocimiento de cánones constitucionales que regulen la organización del Estado o que afecten derechos como el de propiedad.

Esta interpretación se fundamenta en una distinción entre violaciones manifiestas de la Constitución “más graves” y “menos graves”, de acuerdo con la entidad de la norma desconocida, la cual es admisible desde el punto de vista de su coherencia lógica y de su concordancia con el punto de vista democrático, y ha tenido recepción en la jurisprudencia. Así, la Corte Constitucional ha dicho que el deber de obediencia “no abarca las acciones antijurídicas más arbitrariamente antijurídicas y arbitrarias”².

En este mismo sentido ha afirmado la Corte que el principio de obediencia no es absoluto y no es admisible como eximente de responsabilidad “en los casos en que el inferior tuvo conocimiento de la ilegalidad de la orden, o ha debido tenerlo entre otras razones por constituir un delito manifiestamente atroz”. La interpretación de esta norma aislada conduciría a la “irracionalidad” y desconocería que en una Constitución no totalitaria como la de 1991 no existen poderes absolutos a los cuales no puedan oponerse límites, como ha puntualizado la Corte Constitucional.

A este respecto es ilustrativo hacer mención de la manera como fue

interpretado el Código Penal Militar alemán de 1940 durante el régimen Nazi. A pesar de que no admitía en determinados casos la obediencia debida como causal de justificación, la disposición pertinente fue leída en el sentido de aceptar esta justificación inclusive cuando se trataba del cumplimiento de mandatos antijurídicos³. Por tanto, a partir de las consideraciones de la Corte Constitucional y de la evidencia histórica, puede afirmarse que la interpretación absoluta de la obediencia debida sólo es posible en un régimen fascista.

En desarrollo de la interpretación restrictiva del ámbito de vigencia del principio de la obediencia debida, la Corte Constitucional en la sentencia citada adoptó una lista de derechos cuya violación no puede ser excusada alegando la obediencia debida, enunciación que coincide con los derechos definidos por la ley y los tratados internacionales de derechos humanos como intangibles durante los estados de excepción: a la vida; a la integridad personal; a no ser sometido a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; los principios de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño; el de-

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 90, 124, 220.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 21

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 2 (G.C., N° 83, pág. 7, col. 1)
Comisión III, artículo 113 (G.C., N° 83, pág. 26)
Primer Debate, artículo 48 (G.C., N° 109, pág. 3)
Comisión Codificadora, artículo 91 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 6
Plenaria : mayo 23 y 30,
junio 5, 6 y 29

² Corte Constitucional, Sentencia C-578/95, MP. Eduardo Cifuentes.

³ Lorenzo Morillas, *La obediencia debida*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 184 y 185.

LEGISLACION

Código Penal, artículo 29 n.2

Código Penal Militar, artículos 15 y 26 n.2

Ley 104 de 1993

Ley 137 de 1994, artículo 4

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-006, T-409, T-425,
T-439, T-444, C-587.

1993

C-034, C-214.

1994

T-178, C-179.

1995

C-141, T-363, C-44,
C-578, T-607

recho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el *habeas corpus* y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados⁴.

La interpretación restrictiva del principio de obediencia debida ya había sido adoptada por la Corte Constitucional en decisiones anteriores. Al resolver una tutela que solicitaba la protección de la libertad de conciencia (artículo 18 CP) la Corte fue de la opinión según la cual en ejercicio de la libertad de conciencia el subordinado tiene el derecho y el deber de no obedecer una orden que lesione abiertamente los derechos humanos, y nombró entre ellos los mandatos de matar y torturar. Como fundamento de esta conclusión la Corte adujo la prevalencia en el orden interno de tratados como el Convenio I de Ginebra que obliga a los Estados a perseguir infracciones graves del derecho internacional humanitario como el homicidio, las torturas y determinados experimentos biológicos⁵.

En el sentido de la relativización del principio de obediencia debida se manifestó también la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. Según la Corte, a la luz del bloque de constitucionalidad que forman con la Carta del 91 las normas del derecho internacional humanitario y los tratados de derechos humanos que, como la Convención contra la tortura y otros tratos crueles y de-

gradantes y la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio⁶, no admiten la obediencia debida como eximente de responsabilidad, frente a este bloque de constitucionalidad se repite, no es posible admitir la existencia en el orden constitucional colombiano de un deber de obediencia ciega. Sólo tal interpretación del artículo 91 de la Carta permite conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos humanos⁷.

Con esta lectura de la norma constitucional comentada coincide el régimen legal de la obediencia debida. Tanto el régimen penal general como el régimen penal militar vigentes coinciden al contemplar como causal de justificación de un delito “el cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”⁸. La condición de legitimidad de la orden exigida para que pueda admitirse la obediencia debida como eximente de responsabilidad alude precisamente a que materialmente no sea contraria a la Constitución.

4. Con todo, ni la promulgación del nuevo orden constitucional fundado en el respeto de la dignidad humana, ni la interpretación restrictiva del artículo 91 de la Carta, ni la disposición clara y expresa de los regímenes penal y penal militar vigentes desde antes de la promulgación de la nueva Constitución, han conducido a

⁴ Ley 137 de 1994, art. 4., Convención americana de derechos humanos, art. 27.2., Pacto internacional de derechos civiles y políticos, art. 4.2.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-409/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁶ Ley 70 de 1986, art. 2 n.3 y Ley 28 de 1959, respectivamente.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, MP. Alejandro Martínez.

⁸ Código Penal, art. 29 n.2 y Código Penal Militar, art. 26 n.2

un cambio en la aplicación que se ha dado en forma inveterada a la obediencia debida en Colombia, pues no se conoce de una transformación sustancial y dominante en las decisiones que a este respecto toman los tribunales de instancia. En esta materia nos encontramos ante una patente ineficacia del derecho, y ante la falta de voluntad de los jueces para dejar atrás prejuicios derivados de una cultura jurídica más favorable a la tolerancia de la autoridad arbitraria que a la salvaguarda de la dignidad humana.

Tal reticencia a una interpretación democrática del principio de obediencia debida ha estado también presente en procesos legislativos originados en la entrada en vigencia de la nueva Constitución y en la necesidad de dar una respuesta adecuada al problema de la violación de los derechos humanos y de la impunidad en que se encuentra. En el proyecto de ley que convertía en delito la desaparición forzada de personas, el Congreso colombiano contempló una norma según la cual la obediencia debida no era admisible como eximente de responsabilidad cuando se trataba de la comisión de este delito. Pero el estatuto contra la desaparición finalmente no entró a regir pues, entre otras razones, la disposición comentada fue objetada por inconstitucional por el presidente Gaviria. Esta objeción fue aceptada por el Congreso, en decisión que fuera tomada gracias al cabildeo de los militares y a pesar de la posición contraria que manifestó el gobierno Samper, posesionado cuando todavía avanzaba el trámite de las objeciones.

Así mismo, en la Comisión para el Estudio de la Reforma del Código

Penal Militar constituida a instancias del gobierno Samper, sus miembros militares se opusieron a que fuera incluida en el proyecto de un nuevo código una norma que impedía que la obediencia debida fuera alegada para excusar la comisión de delitos como el homicidio fuera de combate, las torturas, la desaparición forzada de personas y la violación carnal. Un nuevo proyecto que reduce el ámbito de aplicación de la obediencia debida será presentado en el segundo período legislativo de 1997.

5. La resistencia a la relativización de la obediencia debida, no sólo impide la aplicación del nuevo orden constitucional humanista y democrático, sino que condena a Colombia a permanecer en sus tradiciones autoritarias aislada de la evolución de la conciencia jurídica universal. A este respecto ya se aludió al estado en la materia en el ámbito de las normas internacionales de derechos humanos. En lo que hace a la doctrina europea, entre cuyos autores se puede citar a Alimena, Antolisei y Bettiol, existe una posición dominante favorable a una visión limitada de la validez del deber de obediencia. Lo mismo ocurre si hacemos un revisión de las legislaciones europeas y latinoamericanas. La ley penal militar alemana hace culpable al inferior al que le sea evidente que la orden del superior comporte la comisión de un delito, disposición con la que coincide la legislación suiza⁹. En Francia la subordinación no obliga a ejecutar una orden que prescriba un acto manifiestamente ilegal, contrario a las costumbres de la guerra o a los convenios internacionales¹⁰. En España no

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.2.
Convención Americana, artículo 27.2.
Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles y Degradantes.
Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

⁹ Código Militar, art. 18.

¹⁰ Decreto del 28 de julio de 1975.

existe obediencia debida cuando las órdenes lleven a actos manifiestamente contrarios a las leyes o a los usos de la guerra, o sean delitos¹¹. En el Brasil el subordinado también es responsable si la orden tiene por objeto la práctica de un acto manifiestamente criminal¹², y en México, en los casos en que la orden constituye de manera notoria un delito¹³.

6. Por último, nótese cómo la norma estudiada circunscribe la vigencia de la excepción contemplada en el segundo inciso a los actos de los militares. Ello excluye a los miembros de la policía como posibles beneficiarios de la obediencia debida como causal de justificación. Puesto que se trata de una institución de carácter civil, en el caso de la policía se aplica la regla general prevista en el inciso primero para todas las autoridades civiles de la administración.

7. La obediencia debida ha sido en Colombia uno de los mecanismos más eficaces de impunidad. La lucha por la vigencia de los derechos humanos tiene en la reducción de los índices de impunidad —que son del 100%— una de sus tareas esenciales, dentro de las cuales está la de hacer efectiva una nueva interpretación de la obediencia debida que le permita dejar de ser un mecanismo de impunidad, de naturaleza judicial, legal e inclusive constitucional.

¹¹ Código de Justicia Militar, art. 185 n.12, modificado por la Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre.

¹² Código Penal Militar, art. 38 lit. b.

¹³ Código de Justicia Militar, art. 119. Sobre la obediencia debida en la doctrina y el derecho comparado puede verse Lorenzo Morillas, op.cit., pág. 185 y ss.

Artículo 92

*Cualquier persona natural
o jurídica podrá solicitar
de la autoridad competente
la aplicación de las
sanciones penales o
disciplinarias derivadas de
la conducta de las
autoridades públicas.*

CONCORDANCIAS

Artículos 1, 2, 4, 6, 89, 121, 122, 124, 220, 229, 277 n.6, 278 n.1

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 7, col. 1) Primer Debate, artículo 5 (G.C., N° 109, pág. 5, col. 3)
Comisión Codificadora, artículo 93 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Plenaria: junio 14 y 29

LEGISLACION

Ley 80 de 1993
Ley 104 de 1993
Ley 137 de 1994

1. La búsqueda de la convivencia y la formación de un orden justo, dos de los objetivos centrales del proceso constituyente que culminó con la expedición de la Constitución del 91, sólo se alcanzarán si la justicia actúa de manera eficaz. En el caso de la justicia penal confluyen múltiples problemas que conspiran en su contra, conduciendo a que en Colombia los índices de impunidad sean cercanos al 100%. Si a esta situación se suma la ausencia de aplicación de las escasas sentencias que finalmente son proferidas, nos encontraríamos ante un sistema penal totalmente incapaz, resultando burlados los derechos y vaciadas de sentido las normas jurídicas y la labor de los jueces¹. Esta situación se presenta de manera similar en el campo de las sanciones disciplinarias².

2. De aquí el interés del constituyente por crear un instrumento que permitiera contrarrestar ese último obstáculo que con frecuencia se enfrenta al postulado de una pronta y cumplida justicia. La norma en estudio contempla una especie de “garantía de garantías”. En efecto, siendo el sistema penal y los órganos de control disciplinario dos de los instrumentos a través de los cuales el Estado cumple con la obligación de garantizar los derechos, la “acción de aplicación” –como podría bautizarse– se orienta a garantizar que tales mecanismos de sanción tengan efectividad.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-473/92, MP. Ciro Angarita.

² A este respecto cabe recordar el caso notable de la sanción disciplinaria que fuera impuesta al general de Ejército que comandó los operativos de la tragedia del Palacio de Justicia, sólo aplicada después de varios años de haber sido adoptada.

3. La Constitución adoptó en esta norma un mecanismo en que se combinan la participación de las personas y la actuación de la misma administración de justicia. Nótese cómo en la norma comentada no se prevé un recurso que solamente permitiera intervenir al interesado en el caso particular. Se trata de una acción pública, pues de ella son titulares todas las personas, tanto los menores de edad como los ciudadanos, como también las personas jurídicas. De esta manera se abren caminos para que la comunidad, en la búsqueda del interés general, participe en la determinación de la suerte de los asuntos de la justicia. Lo que ocurra con la justicia es un asunto que atañe a todos los miembros de una sociedad en cuanto ella decide sobre los derechos de todos y, en consecuencia, sobre el orden jurídico en general. Por otra parte, en la tarea de la democratización del Estado y de la moralización de las autoridades, al ciudadano le corresponde mantener “el ojo avizor” sobre sus actuaciones, con el fin de prever y controlar el uso ilegítimo o arbitrario del poder que se les encomendó, en concordancia con el deber constitucional de colaborar con la administración de justicia (artículo 95 n.7 CP.)³. En esta norma convergen por tanto el derecho político a la participación, el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 CP.) –pues éste incluye el derecho a la ejecución de las sentencias en firme⁴– y el deber de colaborar con la administración de justicia.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-165/93, MP. Carlos Gaviria.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-554/92, MP. Eduardo Cifuentes.

4. De la redacción de este artículo se desprende que la solicitud de aplicación de sanciones no supone requisitos específicos en su demanda, más allá de la existencia de una decisión ejecutoriada que no haya sido cumplida⁵. En caso de preferirse la reglamentación legal de esta acción constitucional aquella deberá concordar con su naturaleza elemental y consistir en lineamientos mínimos atinentes a la competencia para conocer de la solicitud, el término para resolver —que debe ser corto— y las sanciones que acarrea un nuevo incumplimiento. Es de esperar que el contenido de la decisión final contenga la orden de aplicación inmediata de la sentencia “suspendida”, en los estrictos términos en que había sido adoptada.

JURISPRUDENCIA**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992
T-444, T-473, C-587.

1993
T-165.

1994
T-250.

1995

1996

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

⁵ En este sentido Legis, *Constitución Política de Colombia*, N°1184.

Artículo 93

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

1. Varias son las fuentes de la carta de derechos de la Constitución. Además del reconocimiento expreso, la Constitución contempla dos caminos a través de los cuales pueden acceder al orden constitucional otros derechos: la introducción en el ordenamiento interno de los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 93) y la incorporación de aquellos derechos que puedan considerarse inherentes a la persona humana (artículo 94).

Irrespetado por la normatividad nacional —dentro de la cual se destacan las disposiciones de estado de sitio— y escasamente conocido por los mismos legisladores, los jueces, las organizaciones sociales y la ciudadanía, el conjunto de disposiciones internacionales de derechos humanos no tuvo bajo la vigencia de la Constitución de 1886 más que un papel marginal en la configuración del orden jurídico operante y en el debate público¹. A pesar de que el cuerpo básico de estas normas había sido ratificado antes de la promulgación de la Carta del 91, el provincianismo premoderno presente en nuestra cultura y en la reflexión jurídica impidió que los tratados internacionales de derechos humanos tuvieran una vigencia real en Colombia.

El proceso de internacionalización de la economía y un mayor conocimiento del derecho internacional pudieron estar en el origen del interés de la Asamblea Constituyente por este cuerpo normativo. Tal preocupación dio lugar a que el contenido de los

derechos reconocidos en la Constitución se inspirara en los distintos convenios internacionales de derechos humanos y en algunas de las más avanzadas constituciones contemporáneas, y a que una norma de la misma Constitución dispusiera la incorporación de los tratados de derechos humanos al ordenamiento interno.

2. La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al orden jurídico colombiano, así como de aquellos derechos que puedan considerarse inherentes a la persona humana, da lugar a una ampliación de la carta de derechos constitucionales e inclusive de los derechos fundamentales, pudiendo ser objeto de tutela como ha ocurrido en reiteradas oportunidades. La tutela de derechos no reconocidos de manera expresa por la Constitución se ha dado especialmente en virtud del artículo 94 (infra), lo cual permite concluir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado carácter de fundamentales, y al mismo tiempo nivel constitucional, a derechos que ni siquiera figuraban en los tratados. Una sana interpretación conduce a afirmar que con mayor razón los derechos que han sido considerados relevantes para la comunidad internacional podrían ser objeto de tutela de manera directa, y que por lo tanto tienen rango constitucional y carácter fundamental.

3. Pero el artículo 93 en estudio no sólo constituye una nueva fuente de derechos constitucionales y de derechos fundamentales tutelables, sino que también establece una jerarquía en el ordenamiento jurídico colombiano. Además de incorporar al derecho interno los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo 93 les

¹ Ver Gustavo Gallón, "Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno colombiano", en: Gustavo Gallón, Comp., *Guerra y Constituyente*, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá, 1991, págs. 102 a 105.

otorga prevalencia en el orden interno, es decir capacidad para sobreponerse a otras normas, modificándolas o dejándolas sin vigencia.

De esta manera, cuando se presentan diferencias o contradicciones entre una norma internacional de derechos humanos y una local, el contenido de aquella se impone sobre ésta. En el primer caso, ampliando el contenido de un derecho o sus garantías, y en el evento de contraposición, quitándole vigencia a la disposición nacional.

4. Tal prevalencia se puede dar siempre y cuando la norma internacional comporte un mayor ámbito de vigencia de los derechos o una mayor garantía que la ofrecida por la norma interna². Ello por cuanto el sentido de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos es el de ampliar y complementar la protección de la dignidad humana que se alcanza en el orden interno. Con ello concuerdan los tratados de derechos humanos al prohibir que sus contenidos sean interpretados en desmedro de normas nacionales o de otros convenios que contemplen una mayor protección de los derechos que la que ellos ofrecen³.

5. El análisis del alcance de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos según lo

establecido en el orden constitucional instaurado en 1991, ha de tener en cuenta, además de lo establecido en el artículo 93, la cláusula del artículo 4 que contempla el principio de supremacía de la Constitución, y que tiene como consecuencia que las leyes aprobatorias de los tratados de derechos humanos sean objeto de control previo de constitucionalidad. La armonización de estas normas es posible, según la Corte Constitucional, a través de la adopción de un “bloque de constitucionalidad”, formado por las normas que sin figurar de manera expresa en el texto constitucional son integradas a la Carta por su propio mandato, y por tanto adquieren su mismo rango en la jerarquía normativa. Las disposiciones objeto de revisión constitucional deben estar por tanto de acuerdo con todas las normas que integran este bloque, inclusive las que hacen parte de tratados internacionales de derechos humanos⁴.

Esta tesis tiene precedentes en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales de acuerdo con los cuales, en ningún momento la Constitución reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre ella misma, en concordancia con el artículo 241 n.10 CP. que da sustento a la función de la Corte Constitucional de ejercer el control formal y material de exequibilidad de los tratados internacionales⁵.

6. Así las cosas, el debate entre la supraconstitucionalidad y la supralegalidad de los tratados parece

² En este sentido Corte Constitucional, Sentencia T-406/92, MP. Ciro Angarita.

³ Entre otros instrumentos internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29 literal b y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2. Esta cláusula interpretativa también hace parte de la Ley estatutaria de los estados de excepción, Ley 137 de 1994, art. 4.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-027/93, MP. Simón Rodríguez.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 9, 44, 53, 150 n.16, 164, 189 n.2, 214 n.2, 224, 226, 241 n.10.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 1 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 1)
Comisión III, artículo 20 (G.C., N° 83, pág. 18)
Primer Debate, artículo 1 (G.C., N° 109, pág. 6, col. 1) y artículo 20 (G.C., N° 109, pág. 10, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 94 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 6, abril 8 y mayo 15
Plenaria: junio 5, 18 y 29

LEGISLACION

Ley 5 de 1992
 Ley 137 de 1994, artículo
 4
 Ley 288 de 1996

haberse zanjado por el momento en favor de la segunda corriente. O si se prefiere, de una tercera solución: la de la “co-constitucionalidad” o del bloque de constitucionalidad. En efecto la Corte Constitucional en ningún caso ha adoptado la primera tesis y más bien ha preferido incorporar los tratados al orden interno mediante su integración en un “bloque de constitucionalidad”, dándoles la misma jerarquía normativa que tiene la Carta Fundamental, y colocando las normas internacionales de derechos humanos sólo por encima de las leyes, género normativo dentro del cual se encuentran las leyes aprobatorias de tratados internacionales que se ocupen de materias distintas a los derechos humanos, las leyes estatutarias, las leyes ordinarias y los decretos de excepción.

7. Ha entendido también la jurisprudencia que el artículo 93 no sólo hace referencia a los tratados de derechos humanos propiamente dichos, sino también a los convenios de derecho internacional humanitario, pues éstos hacen parte “en sentido genérico” del cuerpo normativo de los derechos humanos, es decir del régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana⁶. Por lo tanto, la incorporación al régimen constitucional de las reglas del derecho internacional humanitario que hace el artículo 214 n.2 CP., ha de ser leído en concordancia con lo dispuesto en el artículo 93, dando lugar a que sus normas también hagan parte del “bloque de constitucionalidad” y prevalezcan en el orden interno.

Con base en ello, la Corte Constitucional ha dicho que el principio

⁶ Ibid.

de obediencia debida no es absoluto, pues de serlo entraría en contradicción, entre otros, con los convenios de derecho internacional humanitario, que en el proceso específico de revisión constitucional que adelantaba hacían parte del bloque de constitucionalidad⁷. (Ver comentario al artículo 91).

8. De la misma manera, los artículos 44 y 53 de la Constitución, que incorporan al ordenamiento interno los tratados internacionales que contemplan los derechos de los niños y los convenios de la OIT, deben ser interpretados de acuerdo con la regla del artículo 93 que integra los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución, adquiriendo su misma jerarquía y haciéndolos prevalecer sobre toda otra disposición legal.

En desarrollo de estas disposiciones la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 167 del Código del Menor, condicionándolo a que su contenido se adecúe a lo establecido en el artículo 3.7 de la Convención internacional de derechos del niño. En consecuencia, la norma nacional que establecía que los juicios de menores eran de única instancia, deberá admitir una excepción cuando se trate de procesos que culminen en decisiones privativas de la libertad, caso en el cual tiene aplicación el derecho a la doble instancia⁸.

En relación con los convenios internacionales del trabajo, a pesar de su carácter *sui generis* en el ámbito de los tratados internacionales de

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-578/95, MP. Eduardo Cifuentes.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-019/93, MP. Ciro Angarita.

derechos humanos, la jurisprudencia los asimila a éstos, razón por la cual también hacen parte de la Constitución y gozan de prevalencia en el derecho interno⁹.

9. Por otra parte, no se requiere que las normas internacionales de derechos humanos hagan parte de una determinada codificación para que su contenido pueda ser incorporado al derecho interno. El *ius cogens*, o derecho internacional consuetudinario, rige en el orden colombiano en primer lugar debido a su imperatividad jurídica derivada de sí mismo, es decir de su reconocimiento por la comunidad internacional. En segundo lugar por su incorporación automática que en materia de derecho internacional humanitario hace la Constitución en su artículo 214 n.2¹⁰. Por lo tanto las normas legales colombianas deben estar también de acuerdo con el *ius cogens* para que puedan subsistir ante un eventual juicio de constitucionalidad.

10. Gozando de suprallegalidad, el *ius cogens* y los pactos internacionales de derechos humanos priman inclusive sobre tratados internacionales que se ocupen de otras materias. Así lo estableció la Corte Constitucional al declarar inexecutable algunos artículos del Concordato que desconocían normas del *ius cogens*—del cual hacen parte entre otras la Declaración universal y la Declaración americana de derechos humanos— y que contrariaban apartes del Pacto internacional de de-

rechos civiles y políticos, del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y de la Convención americana de derechos humanos, en materia de igualdad, libertad de conciencia, libertad religiosa y libertad de contraer matrimonio. Una ley aprobatoria de tratados no podía desconocer ni el *ius cogens*, ni los tratados internacionales de derechos humanos, ni tampoco la Constitución, así el instrumento internacional que contuviera ya hubiese sido perfeccionado y declarado executable durante la vigencia de la Constitución derogada¹¹.

12. Varios han sido los casos en los que se ha declarado la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre leyes ordinarias. A este respecto puede citarse la sentencia de la Corte Constitucional que, dejando sin vigencia disposiciones penales que convertían en permanentes normas dictadas al amparo de la conmoción interior, estableció límites a los términos de detención preventiva según lo establecido por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 9¹².

13. Se ha querido restringir el alcance del artículo 93 mediante una interpretación según la cual solamente ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno: los derechos

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-027/93, MP. Simón Rodríguez.

¹² Sentencia C-301/93, MP. Eduardo Cifuentes. Acerca de la prevalencia sobre leyes ordinarias pueden verse también las ya citadas sentencias de la Corte Constitucional C-019/93, MP. Ciro Angarita y C-578/95, MP. Eduardo Cifuentes.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-002, T-006, T-011, C-221, T-406, T-409, T-411, T-412, T-421, T-425, T-426, T-427, T-439, T-441, T-443, T-444, T-469, T-473, T-476, C-479, T-490, T-522, T-523, C-546, C-556, C-557, C-561, C-574, C-575, T-601, T-611.

1993

C-007, T-011, C-017, C-019, T-022, C-033, T-036, C-053, C-059, C-070, T-081, C-088, T-120, T-124, C-127, T-148, C-176, T-179, C-195, T-202, T-224, T-257, C-276, SU-277, T-290, C-295, C-301, C-345, T-366, C-411, T-437, T-441, C-486, C-488, T-491, C-530, C-567.

1994

T-015, C-020, C-023, C-024, C-040, C-041, C-058, C-063, C-069, C-106, C-146, C-153, C-176, C-179, T-210, C-221, C-225, T-254, T-260, C-265, T-275, C-282, T-341, T-344, T-345, C-371, T-384, T-385, C-410, C-425, T-443, C-496, C-529, C-562.

1995

C-225, T-270, SU-342, T-359, T-363, C-401, T-411, C-459, T-477, SU-509, SU-510, C-578, SU-599.

1996

C-073, C-102, C-113, C-175, T-198, T-322, C-379, C-609, T-694.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-562/92, MP. Jaime Sanín.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia 574/92, MP. Ciro Angarita y Sentencia C-225/95, MP. Alejandro Martínez.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal
Declaración Americana
Pacto Internacional de
Derechos Económicos,
Sociales y Culturales
Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políti-
cos.

Convención Internacional
sobre la Eliminación de
todas las Formas de Dis-
criminación Racial.

Convención Internacional
sobre la Represión y el
Castigo del Crimen de
Apartheid

Declaración sobre la Elimi-
nación de la Discrimina-
ción Contra la Mujer

Convención sobre la Elimi-
nación de todas las Formas
de Discriminación contra
la Mujer.

C o n v e n c i ó n
Interamericana para Pre-
venir, Sancionar y
Erradicar la Violencia con-
tra la Mujer

Convención para la Pre-
vención y la Sanción del
Delito de Genocidio

Convención contra la Tor-
tura y otros Tratos o Penas
Cruels, inhumanos o de-
gradantes

Declaración de los Dere-
chos del niño

Convención Internacional
sobre los Derechos del
Niño.

intangibles durante los estados de excepción. Tal perspectiva dice necesario leer el artículo 93 en su literalidad y en concordancia con el artículo 214 n.2 de la Constitución, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos durante los estados de excepción¹³. Según este punto de vista, para primar sobre otras disposiciones las normas internacionales de derechos humanos deben cumplir con un requisito: ser de aquellas intangibles durante los estados de excepción.

Como consecuencia de esta interpretación ni todos los tratados de derechos humanos tendrían la prerrogativa de la supralegalidad, sino sólo aquellos que tengan alguna cláusula relativa a los estados de excepción; ni tampoco todos los derechos contemplados en aquellos tratados que se ocupan del tema de los estados de excepción, sino exclusivamente aquellos derechos que no pueden ser limitados durante los períodos de anomalía.

Esta inquietante perspectiva no parece tener un fundamento sólido. ¿Concuerda tal restricción con la necesidad de brindar la máxima protección constitucional a la dignidad humana en la Colombia contemporánea y con el principio constitucional de acuerdo con el cual la garantía de la dignidad humana es el fin esencial del Estado?

La lectura en tela de juicio excluiría de primar sobre las demás normas legales –o lo que es lo mismo, de regir quitándole vigencia a las

disposiciones que les sean contrarias– a la mayoría de las normas internacionales de derechos humanos. En consecuencia se reduciría su vigencia en Colombia, pues ésta sólo sería posible cuando no exista norma nacional sobre la materia, o cuando no exista contradicción entre la disposición internacional y la legislación local. En este último caso puede afirmarse que se invierte el sentido de la jerarquización prevista en el artículo 93, pues a lo que se da prevalencia es al régimen nacional sobre el internacional.

Ocurre a veces, como en este asunto, que la interpretación literal de un texto puede traducirse en la traición de su significado. La voluntad del Constituyente de hacer acopio de todo tipo de obstáculos jurídicos para contraponer a la violencia tuvo, entre otras expresiones, su apelación al ámbito internacional y en él a la corriente cada vez más presente de las normas de derechos humanos. La contribución que el Constituyente esperó de los tratados internacionales a la lucha contra la barbarie no se puede limitar a la que presten las disposiciones que gozan de una protección adicional durante los estados de excepción. Un observador de buena fe del proceso y del debate constituyente no podría concluir que en uno de los esfuerzos más señalados y directos contra la arbitrariedad, la Constitución se niegue a sí misma todo el alcance que pudiera lograr con él.

El intérprete sería más consecuente con la intención del Constituyente de obtener la máxima protección jurídica de la persona, si se acerca al contenido de la norma comentada entendiendo que la prevalencia de los tra-

¹³ Corte Constitucional, Sentencias C-295/93 y C-179/94, MP. Carlos Gaviria, y C-225/95, MP. Alejandro Martínez.

tados en el orden colombiano es propia de las normas internacionales que contemplan derechos y asumiendo que ello fue enfatizado por el Constituyente en relación con las disposiciones atinentes a los períodos de anormalidad. Desde este punto de vista, el artículo 93 debería ser leído en el siguiente sentido: “Los tratados y convenios internacionales ‘aprobados’ por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y ‘aquellos’ que prohíbe su limitación durante los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Ello puede ser más coherente con el partido que tomó la Carta del 91 en favor de los derechos humanos, que una aproximación a la norma que, a partir de una cláusula de prevalencia general de los tratados de derechos humanos y de la reiteración de dicha primacía en el caso de uno de sus contenidos específicos –las cláusulas sobre los estados de excepción–, termina dándole validez sólo a la hipótesis especial, quitándosela a la regla general que da prevalencia a los tratados de derechos humanos en su integridad.

Por otra parte, al leer el artículo 93 desde la perspectiva del artículo 214 n.2, la Corte relaciona de manera inadecuada una norma relativa a los criterios de jerarquización en el ordenamiento jurídico, con una disposición que impone límites a los poderes del Estado durante los períodos de excepción, supeditando de manera insostenible la primera a la segunda. Por el contrario, el artículo 214 n.2 confluye con el artículo 93 en su intención de garantizar la efectividad de los derechos humanos en Colombia, pues apunta a proteger los derechos humanos durante los estados de excepción. En ningún momento

busca disminuir la eficacia de los derechos humanos, reduciendo su fuerza normativa en el contexto de los criterios de jerarquización de las normas.

Artículo 94

*La enunciación de los
derechos y garantías
contenidos en la
Constitución y en los
convenios internacionales
vigentes, no debe
entenderse como negación
de otros que, siendo
inherentes a la persona
humana, no figuren
expresamente en ellos.*

1. Además de la enunciación expresa que de ellos hace la Ley Fundamental, y de la vigencia en el orden interno de los tratados internacionales de derechos humanos prevista por el artículo 93, en la Constitución de 1991 se halla una tercera fuente de los derechos humanos. La Constituyente fue consciente de que su esfuerzo de reconocimiento expreso de los derechos era incompleta debido a las limitaciones derivadas de la finitud del período histórico en que se encontraba inmersa, y del estado de evolución del derecho constitucional colombiano y del derecho internacional de los derechos humanos. Para asegurar la cualificación continua de la enunciación de los derechos, el Constituyente previó en el artículo 94 una cláusula de incorporación automática al derecho positivo constitucional de todos aquellos valores e ideas que desarrollen la ética y la política, y de los derechos de rango legal, que puedan ser considerados por la conciencia de la época inherentes a la persona humana, es decir, inescindibles del concepto de ser humano o imprescindibles para que una persona tenga una vida digna. Por tanto, la lista de derechos puede ser siempre ampliada y complementada de acuerdo con las nuevas exigencias históricas y los avances que se deriven del pensamiento jurídico nacional y universal.

En consecuencia, en virtud de la misma Constitución, no se requiere que haga parte del texto de la Carta ni de los tratados internacionales, para que un derecho tenga rango constitucional, e inclusive, para que pueda ubicársele dentro de la categoría de los derechos fundamentales. A través del artículo 94 el orden jurídico positivo incorpora a su cuerpo valores y

bienes sin necesidad de que emanen de la voluntad del legislador, ni de la existencia de reconocimiento constitucional expreso.

2. Desde este punto de vista no parecen estar en lo cierto quienes encuentran en este artículo un argumento para postular un supuesto iusnaturalismo que fundamentaría la Constitución de 1991¹. Desde esta perspectiva existirían unos derechos naturales –válidos universalmente, inmutables, derivados de la voluntad divina o derivados a la razón, entre otras características– que por sí mismos tendrían vigencia constitucional. Pero la existencia de “derechos morales” previa a su incorporación positiva no deja de presentar problemas lógicos y no es hoy una tesis admitida con facilidad. De ahí que el artículo 94 pueda ser leído, como se ha hecho en este comentario, desde una concepción historicista de los derechos humanos.

3. Significativo ha sido el desarrollo de este artículo en la jurisprudencia. En varias ocasiones la Corte Constitucional ha incorporado al conjunto de derechos bienes jurídicos y valores que ha considerado inescindibles de la condición humana, e inclusive ha procedido a tutelarlos luego de darles el carácter de fundamentales. De esta manera, luego de reconocer una tendencia en el ser humano a llevar una vida tranquila y de entender como condición inseparable de la

¹ Carlos Lleras de la Fuente y otros, op. cit., pág. 203. Jorge Humberto Botero, “Nueva Constitución: ¿Nuevo Derecho?”, en: Jorge Humberto Botero, et.al, *Grandes temas del derecho constitucional colombiano*, Medellín, Colegio de Abogados de Medellín-Biblioteca Jurídica DIKE, 1994, pág. 13.

dignidad humana poder vivir con sosiego, la Corte Constitucional tuteló el derecho a la tranquilidad². En otra ocasión reconoció como derecho constitucional fundamental “el derecho a la expresión de la individualidad”, por ser éste un bien inherente a la persona humana. En este caso la Corte Constitucional concedió la tutela a un solicitante al que un notario le había negado el cambio de su nombre masculino por uno femenino. La sentencia tuvo en cuenta que la fisonomía y la personalidad del solicitante concordaban más con los de una persona del sexo femenino³.

El derecho a la subsistencia o a un mínimo vital también ha sido incorporado al conjunto de los derechos fundamentales, pues la Corte Constitucional consideró que se trataba de un derecho inherente e inalienable de la persona humana por derivarse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la seguridad social⁴. Así mismo se introdujo como fundamental el derecho de toda persona a comunicarse, definido como “la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpore la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología”⁵.

² Corte Constitucional, Sentencia T-028/94, MP. Vladimiro Naranjo.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-594/93, MP. Vladimiro Naranjo.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-426/92, MP. Eduardo Cifuentes.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-032/95, MP. José Gregorio Hernández.

4. En los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se puede notar cómo el juez de constitucionalidad ha hecho una interpretación jurídica en la búsqueda de una mejor protección constitucional de la dignidad humana. Sin embargo, ello no ha ocurrido en otros eventos en los que, paradójicamente, la incorporación al orden constitucional de derechos no reconocidos de manera expresa, se ha usado como argumento para negar la garantía de los derechos fundamentales ya reconocidos. Es el caso de la adopción del principio de la cosa juzgada como derecho fundamental. La apelación al artículo 94 fue uno de los argumentos de la declaración de inexecutable de las normas que preveían la posibilidad de interponer tutela contra sentencias. Cuando se ocupó de este tema en sede de tutela, la Corte Suprema de Justicia consideró que existía un derecho constitucional a la certidumbre jurídica pues, según ella la cosa juzgada –que no tiene consagración expresa ni en la Constitución ni en los tratados de derechos humanos– “es un derecho inherente a la persona humana”⁶. De manera análoga, cuando la Corte Constitucional decidió definitivamente sobre la executable de la tutela contra sentencias encontró, entre otras razones, que la cosa juzgada hacía parte del derecho al debido proceso (artículo 29 CP.), así no existiera en esta norma referencia alguna a la seguridad jurídica. Por tanto, si todo juicio está llamado a terminar, argumentó la Corte, “hay un verdadero derecho fundamental a la sentencia firme”⁷.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de diciembre de 1991.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-543/92, MP. José Gregorio Hernández.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 7, 93.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

No hay

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 5 (G.C., N° 83, pág. 7, col. 1)
Primer Debate, artículo 2 (G.C., N° 109, pág. 6, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 95 (G.C., N° 113, pág. 6)

DE LOS DEBATES

Comisión I: mayo 7
Plenaria: junio 5, 14 y 29

LEGISLACION

JURISPRUDENCIA

**CORTE CONSTITUCIONAL
SENTENCIAS**

1992

T-002, T-006, C-221,
T-406, T-415, T-473,
C-479, T-490, T-499,
T-505, C-546, C-574,
T-597.

1993

C-003, C-017, T-067,
C-088, C-127, C-172,
C-276, T-290, C-411,
T-491, C-486, C-530,
T-594.

1994

T-028, C-134, C-146,
C-176, T-275, C-313,
T-420, T-443.

1995

C-038, C-591.

1996

T-106, T-182, T-198,
C-379, T-436, T-529,
T-575, C-609, T-614,
C-683.

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

El salvamento de voto a esta sentencia, suscrito por tres de los siete magistrados que en ese entonces integraban la Corte Constitucional, mostró cómo, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, la cosa juzgada no había sido derivada de un supuesto carácter inescindible de la noción de persona humana. La revisión de las teorías de la cosa juzgada desde Roma hasta la Modernidad permitió observar que la sentencia firme se sustentaba en otro tipo de razones que iban desde el temor a ofender a los dioses formulando dos veces la misma cuestión, hasta la adopción de una presunción de derecho acerca del carácter verdadero de los resultados de un proceso con el fin de garantizar la estabilidad jurídica del sistema social. Al dar a la cosa juzgada el carácter de derecho fundamental y sustentar en ello la exclusión del uso de la tutela para controvertir decisiones judiciales violatorias de los derechos fundamentales, la cosa juzgada fue colocada, en franca contradicción lógica y jurídica, por encima de la misma Constitución, del principio de la justicia material (artículo 2 CP), del principio de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 CP.) y por encima de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente⁸.

Con ello no sólo se restringió de manera notable el ámbito de vigencia de la acción de tutela. La decisión de la Corte Constitucional cerró una de las puertas que la Constitución de 1991 había abierto a los esfuerzos por transformar nuestra cultura jurídica forma-

lista y opuesta al cambio social, constituyéndose en uno de los primeros y más grandes triunfos que haya tenido el proceso de contrarreforma.

⁸ Salvamento de voto de los magistrados Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez a la sentencia de la Corte Constitucional C-543/92.

Capítulo 5

Introducción

Deberes, convivencia y bienestar general

El énfasis que las constituciones liberales pusieron en los derechos fue consecuencia de su reacción contra el Estado absolutista, pues se buscaba esencialmente proteger a la persona frente a los embates del Estado. En tal contexto los deberes tuvieron escasa importancia en la teoría del Estado y en el constitucionalismo. Por otra parte la evolución de las constituciones inspiradas por la ideología del Estado social de derecho y del socialismo se ha traducido en la emergencia de un haz de preocupaciones relativas a cómo superar el individualismo, el egoísmo y las desigualdades en las sociedades contemporáneas.

El objeto de las constituciones ya no consiste por ello solamente en regular las relaciones entre el Estado y los particulares sino también entre éstos, en la búsqueda de la convivencia y del bienestar general. En el marco del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general y en la solidaridad, la justicia distributiva no puede ser sólo cometido del Estado sino praxis de todos¹, pues en ello deben concurrir la intervención estatal y la solidaridad social.

Siendo el orden constitucional no sólo la organización de las relaciones del Estado y los particulares, sino también de las relaciones de los miembros de la sociedad, el reconocimiento de derechos y deberes es imprescindible para garantizar a cada uno lo suyo frente al Estado y frente a los demás. Sin la existencia en los otros de deberes las personas no podrían tener asegurados sus derechos. La convivencia y la existencia de un orden justo en la sociedad sólo es posible por la consagración de derechos y deberes de las personas.

El contexto histórico que dio origen a la Carta del 91 fue complejo, pues a la arbitrariedad estatal cabe sumar la violencia social. El arraigado

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-532/92, MP. Eduardo Cifuentes.

y generalizado irrespeto de los demás en todos los espacios de la sociedad –entre ellos la familia, la escuela, la empresa y la vida política– tiene como una de sus causas la incapacidad histórica de las instituciones y de la sociedad colombiana para construir una cultura democrática, en la que cada uno de los asociados asuma en su vida cotidiana el respeto de los derechos de los otros. En la perspectiva de la moral del respeto recíproco, la superación de egocentrismo a través de la limitación de mi libertad puede lograrse teniendo en la práctica al otro como fin en sí mismo, o lo que es lo mismo, considerándolo recíprocamente como persona –como titular de los derechos constitucionales–².

El Constituyente del 91 quiso contribuir al cambio cultural dedicando un capítulo a la enunciación de los deberes colocándolos junto a los derechos y a las garantías constitucionales como su indispensable complemento, aunque también otros deberes están previstos lo largo de la Carta. La enunciación de deberes constitucionales también apunta a dar sustento a los esfuerzos por reducir las grandes diferencias sociales hoy existentes, finalidad en que la Carta del 91 coincide con la reforma de 1936.

Como consecuencia de ello los deberes han pasado de ser apelaciones a la buena voluntad de los ciudadanos, a disposiciones con fuerza normativa que vinculan a los particulares. Los deberes constitucionales suponen prestaciones físicas y económicas por lo cual pueden afectar la libertad personal y los derechos económicos. Los deberes constitucionales habilitan al legislador para actualizar una obligación y para establecer sanciones en caso de su incumplimiento, pues en una democracia las restricciones de la libertad sólo pueden fundarse en razones determinadas por el legislador. Ello significa que los deberes sólo son exigibles jurídicamente si así lo contempla una ley previa, lo cual excluye su aplicación retroactiva. Con todo, los deberes constitucionales son exigibles directamente cuando de su incumplimiento se deriva la amenaza o la vulneración de los derechos de los otros³.

La interpretación de los deberes

Es prudente tomar algunas precauciones cuando se trata de definir los alcances de los deberes, sobre todo si se tienen en cuenta los antecedentes históricos de la ampliación excesiva de las obligaciones de las personas, inclusive hasta la negación de sus derechos, por parte de particulares especialmente poderosos –el padre, el profesor, el patrón, entre otros–.

Una interpretación restringida del contenido de los deberes se hace todavía más necesaria al establecer hasta dónde llegan los deberes de los individuos con el Estado. Ello no sólo por la escasa diferenciación entre el

² Ernst Tugendhat, *Problemas de ética*, Barcelona, Crítica, 1988, pág. 181 y ss.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-125/94, MP. Eduardo Cifuentes.

Estado y la sociedad civil que ha existido en el régimen político colombiano, sino también por la histórica y flagrante intromisión del Estado en el ámbito de las libertades individuales.

Las obligaciones que tienen las personas con el Estado son la consecuencia de haberlo instituido como legítimo poseedor de la fuerza que garantiza la eficacia del contrato social en que se originan jurídica y políticamente las instituciones. Pero la exigencia del cumplimiento de los deberes de las personas con el Estado sólo puede tener origen en la finalidad de contribuir a que el Estado sea un efectivo garante de los derechos. Por lo tanto, resulta inadmisibles en una democracia que los deberes con el Estado apunten a defenderlo por su interés exclusivo.

Una clasificación de los deberes

Los deberes constitucionales pueden ser objeto de una clasificación desde el punto de vista de los principios o los valores constitucionales en que se fundan. Teniendo también en cuenta los deberes que por fuera del artículo 95 están previstos a lo largo de la Carta, entre los deberes inspirados en el respeto de la dignidad humana y la paz pueden citarse: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (artículo 95 n.1); defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia (artículo 95 n.4); actuar en favor de la paz (artículos 22 y 95 n.6). Tienen fundamento en el principio democrático el deber de participar en la vida política (artículo 95 n.5) y el deber de estudiar la Constitución (artículo 41). Originados en los principios de igualdad y solidaridad pueden enunciarse los siguientes deberes: la obligación de trabajar (artículo 25), la obligación de estudiar entre los 5 y los 15 años (artículo 67); los deberes derivados de las relaciones familiares (artículos 42, 44 y 46); los deberes originados en la función social de la propiedad y la libertad de empresa (artículos 58 y 333); de cuidar la salud propia y la de la comunidad (artículo 49); contribuir con los gastos del Estado (artículo 95 n.9) y proteger las riquezas culturales (artículo 8). En la búsqueda de la protección del ambiente la Constitución prevé el deber de salvaguardar las riquezas naturales y velar por el ambiente (artículos 8 y 95 n.8). Los deberes asentados en el principio de legalidad son los siguientes: acatar la Constitución y las leyes y responder por su infracción (artículos 4, 6 y 95); ceñirse a los postulados de la buena fe (artículo 83); respetar y apoyar a las autoridades legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, y prestar el servicio militar (artículos 95 n.3 y 216); colaborar con la justicia (artículo 95 n.7)⁴.

⁴ Una clasificación similar de los deberes puede hallarse en Corte Constitucional, Sentencia T-125/94, MP. Eduardo Cifuentes.

Artículo 95

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
- 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas*

para mantener la independencia y la integridad nacionales.

- 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;*
- 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;*
- 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;*
- 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;*
- 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;*
- 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.*

1. El ejercicio de los derechos constitucionales implica responsabilidades en el siguiente sentido: el disfrute del derecho propio no debe tener un exclusivo interés individual, sino que ha de contribuir al bienestar general. La responsabilidad social es consecuencia del hecho de vivir en sociedad: en la medida en que el goce del derecho propio depende de las circunstancias generales, cada uno cifra su destino en el de la sociedad en que vive. Por ello la posibilidad real del ejercicio de su derecho por un miembro de la sociedad debe integrar a sus intereses particulares el logro del disfrute de sus derechos por aquellos que están excluidos de su ejercicio. Desde este punto de vista, los medios de comunicación, entre otros, tienen la responsabilidad de poner sus recursos al servicio de la sociedad. La formación de una cultura política democrática, el acceso de todos a la cultura y la garantía de un debate político democrático son requisitos indispensables de la formación de una conciencia pública moderna y de la consolidación de la democracia, y deben ser objetivos primordiales de la labor diaria de los medios de comunicación.

2. La obligación de acatar la Constitución y las leyes es la consecuencia inmediata del principio de legalidad en que se fundamenta el Estado de derecho: la actuación de los ciudadanos es libre mientras no desconozca los límites que establecen la Constitución y la ley. El haber acordado a través de los representantes de la voluntad general, los constituyentes, las reglas de convivencia en sociedad, tiene como consecuencia que sus miembros se obli-

guen a ellas. La Constitución vincula directamente a las personas y por ello el acatamiento que deben los particulares a la Constitución es la regla general y no una excepción.

Numeral 1

1. Los derechos reconocidos en la Carta Fundamental ordenan la vida en sociedad, en primer lugar definiendo el ámbito de las libertades. El conjunto de los derechos civiles determina las relaciones entre los miembros de la sociedad estableciendo las garantías de la libertad de cada uno en relación con los demás. A la vez, los derechos humanos de la segunda generación definen lo que pueden pretender los asociados para la satisfacción de sus necesidades básicas. En este sentido el grupo de los derechos económicos, sociales y culturales obra como un modelo de distribución equitativa de la riqueza. De esta manera, el sistema de los derechos da lugar a la Constitución jurídica de la sociedad civil, de cuya vigencia real se deriva la posibilidad de la convivencia. Es en este contexto de reflexión que adquiere pleno sentido la frase de Benito Juárez: "El respeto al derecho ajeno es la paz". Así, la consagración de deberes puede ser vista como otra de las estrategias del Constituyente del 91 para alcanzar la convivencia.

Pero la vigencia real del sistema de los derechos tiene como condición necesaria la existencia concurrente del deber de todos de no hacer un ejercicio abusivo de los derechos propios, es decir de no incurrir en un disfrute de los derechos que lesione, recorte o impida el goce de los derechos de los de-

más. A la vez, la garantía eficaz de los derechos está supeditada al cumplimiento del deber de los asociados de respetar los derechos de los demás.

2. El proceso de acumulación capitalista ha llevado en las sociedades del Tercer Mundo como la colombiana a una situación social de alta inequidad en la distribución de la riqueza, lo cual supone que la mayor parte de la población viva en la pobreza.

Frente a tal situación, el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad conlleva el establecimiento de límites para evitar que su ejercicio se traduzca en el despojo de los demás. La definición que hace de la propiedad el artículo 58 más como una función social que como un derecho, y el deber de no abusar del derecho propio, constituyen límites a la explotación del hombre por el hombre y a la reproducción incontrolada del capital.

3. La Constitución no garantiza la intangibilidad de los derechos cuando se abusa de ellos. Así, la Corte Constitucional entendió que los padres que retienen en su casa a un menor aduciendo el ejercicio del derecho al domicilio, abusan de él si han puesto en peligro la vida o la integridad del menor por el incumplimiento del deber de cuidado y protección¹. Tampoco el ejercicio de la libertad de cultos puede ser instrumento para lesionar otros derechos como el de la intimidad, que

resulta afectado cuando se obliga a los vecinos a escuchar prédicas por potentes equipos de sonido. De presentarse tales circunstancias, el disfrute de este derecho se torna ilegítimo². Por último, al lado de los derechos de los enfermos de SIDA está también el deber de no someter a otras personas al peligro de infectarlas, es decir de no amenazar los derechos a la vida y a la salud de los demás³.

Numeral 2

1. El principio de solidaridad puede colocarse al lado de la dignidad humana como fundamento del orden social y del Estado que instituyen la Carta de 1991. De los ideales que proclamó la revolución francesa, el de la fraternidad no ha tenido desarrollo importante en la teoría política y menos aún en el mundo capitalista. La soledad, el egoísmo, la competencia y la explotación de unos por otros, es decir, el individualismo radicalizado propio del capitalismo, han llevado a la solidaridad a la marginalidad. El interés por el dinero o el poder no sólo disgrega la sociedad, sino que también destruye lo humano en el ámbito de la vida privada, extinguendo las condiciones de posibilidad de existencia de familias, amores y amistades. Alguna recepción tuvo la solidaridad en el ámbito socialista, aunque sus estados se cimentaron sobre todo en las ideas de igualdad y justicia social.

² Corte Constitucional, Sentencia T-465/94, MP. José Gregorio Hernández.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-505/92, MP. Eduardo Cifuentes.

CONCORDANCIAS

Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 11, 12, 22, 40, 49, 67, 79, 80, 88, 93, 116, 222, 229, 333, 338, 345, 363.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886:

Artículo 10

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, artículo 10 (G.C., N° 83, pág. 4, col. 3)
Comisión V, artículo 1 (G.C., 83, pág. 34, col. 1)
Primer Debate, artículo 1 y 2 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 1)
Comisión Codificadora, artículo 97 (G.C., N° 113, pág. 6) y artículo 97A (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 2 y 8, mayo 1 y 3
Plenaria: junio 5, 6, 18 y 29

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-041/94, MP. Eduardo Cifuentes.

LEGISLACION

Ley 6 de 1992
 Ley 12 de 1992
 Ley 51 de 1992
 Ley 70 de 1993
 Ley 104 de 1993
 Ley 140 de 1994
 Ley 164 de 1994

2. El llamado a la colaboración con los demás tiene razón de ser en la absoluta insolidaridad de la que padece la sociedad colombiana.⁴ Respuesta a ello, dignidad humana y solidaridad se hacen complementarios en el nuevo orden constitucional, primero como fundamentos del Estado en el artículo 1, y luego como sustratos de los deberes en el artículo 95 comentado. De esta manera, de la ética del respeto por el otro fundada en el concepto de dignidad humana puede avanzarse hacia la ética del interés por el otro, a partir del principio de solidaridad.

La posibilidad de alcanzar por todos el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, en especial los derechos de la segunda generación, depende en gran parte de que la solidaridad se convierta en uno de los criterios orientadores de los planes económicos de Estado y de la vida cotidiana de los ciudadanos.

3. La disposición hace referencia especial a una forma de solidaridad: la actuación en favor de personas que se encuentran en peligro de sufrir un perjuicio en su salud o de perder la vida. No obstante, en la medida en que todo perjuicio causado a cualquiera de los derechos hace mella en la existencia de las personas, el deber de actuar en situaciones concretas en favor o en defensa de los demás se debería predicar frente a la amenaza o afectación de todos los derechos humanos. Con todo, cuando estén en juego derechos propios como la vida,

el ejercicio de la solidaridad sólo puede ser consecuencia de la decisión autónoma de los individuos. No se puede exigir a las personas actos de heroísmo o su propio sacrificio, ni siquiera a quienes se desempeñan como funcionarios públicos.

Los actos humanitarios no son actos de beneficencia. La acción humanitaria es el comportamiento que es propio de un ser humano respecto a otro, pues lo reconoce como tal y de él es de esperarse una respuesta análoga en circunstancias similares. No se trata tampoco de plantear solamente la colaboración con aquel con quien me relaciono personalmente o con mis allegados, sino de una disposición hacia los demás, hacia la sociedad y hacia la humanidad.

4. Ha entendido la jurisprudencia que el pago de un rescate para obtener la libertad y salvaguardar la vida de un pariente o de un allegado secuestrado, se hace en cumplimiento de este deber constitucional⁵. El deber de actuar solidariamente adquiere mayores alcances cuando se está ante personas que se encuentran en circunstancias de desventaja manifiesta. Al fallar una tutela en favor de un disminuido psíquico dijo la Corte Constitucional que en estos casos “la solidaridad se torna en compromiso y adhesión con el desfavorecido”, dejando de ser una simple actitud casual⁶. Por otra parte el deber de solidaridad con los niños justifica que se actúe en su defensa inclusive hasta sacrificar derechos de terceros⁷.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-542/93, MP. Jorge Arango.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-298/94, MP. Eduardo Cifuentes.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-041/94, MP. Eduardo Cifuentes.

⁴ Presidencia de la República-CIS, Transcripción de los debates de la ANC, Comisión I, 3 de mayo.

Numeral 3

1. En una democracia el respeto y el apoyo que deben los individuos a las autoridades deben interpretarse de manera restrictiva o de lo contrario las libertades, la libertad de expresión entre las primeras, sucumben ante las razones de Estado. En este orden de ideas puede afirmarse que este deber es exigible en relación con las autoridades que hayan accedido al poder de manera legítima y que lo ejerzan de forma democrática, de acuerdo con el tenor literal de la norma comentada. Tal colaboración sólo puede ser exigida a los miembros de la sociedad con el fin de mantener la independencia frente a eventuales intervenciones o agresiones extranjeras, y para asegurar la integridad nacional en caso de que amenace su disolución, es decir, sólo cuando se esté frente a casos extremos.

El apoyo a las autoridades no puede extenderse hasta impedir la expresión de las opiniones distintas a la oficial o la divulgación de opiniones críticas. El deber específico de actuar o de abstenerse de hacerlo para colaborar con las autoridades sólo puede derivarse de una obligación positiva o de una conducta prohibida consagradas en la ley.

2. La imposición de obligaciones positivas en desarrollo del deber de apoyar a las autoridades no debería conducir al desconocimiento de los derechos de los individuos. En sentido contrario falló la Corte Constitucional al anteponer la prestación del servicio militar a la libertad de conciencia y a la libertad

religiosa. Según la Corte, la prevalencia del interés general sobre el privado, y la justificada exigencia a los beneficiados por el Estado de contribuir a la defensa del interés público, permite la imposición de límites al ejercicio de las libertades. Tampoco resulta admisible, según la Corte, plantear durante la prestación del servicio militar la objeción específica a tomar las armas⁸.

En las decisiones de la Corte Constitucional que han excluido del orden jurídico colombiano la objeción de conciencia al servicio militar opera una inversión del principio de la primacía de los derechos sobre las razones de Estado (artículo 5 CP.), pues se da mayor fuerza normativa a los deberes y a las disposiciones que regulan la fuerza pública que a los derechos. Esta interpretación parte del supuesto según el cual las causales exonerativas del servicio militar deben estar previstas en la ley⁹. De esta manera, el ejercicio de las libertades de conciencia y de religión queda sometido en el caso de la prestación del servicio militar a la existencia de autorización expresa por parte del legislador.

La jurisprudencia ha incurrido también en una interpretación restrictiva de las causas que exoneran de la prestación del servicio militar. La aplicación de la exención legal de la que son beneficiarios los indígenas quedó condicionada a que éstos

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIAS

1992

T-411, T-412, T-421, T-487, T-502, T-521, T-523, T-531, T-533, C-564, C-525, T-577, C-587, T-613.

1993

C-002, T-012, C-015, C-025, C-033, C-040, C-053, C-075, C-077, T-080, C-094, T-102, C-134, T-148, C-149, T-159, T-160, C-169, C-171, C-204, C-207, T-212, C-214, T-224, C-228, T-231, T-251, T-257, C-260, C-268, SU-277, T-292, T-296, T-297, T-298, T-299, T-300, T-308, C-333, T-359, C-363, T-366, T-367, T-380, T-381, C-411, C-415, T-418, T-438, C-467, T-471, T-472, T-510, T-511, C-530, T-547, C-549.

1994

T-007, T-014, C-024, T-028, T-030, T-031, C-041, C-058, C-059, C-063, C-069, T-085, T-125, T-135, T-140, C-149, T-210, T-217, C-221, T-242, T-254, T-259, T-276, T-284, T-293, T-298, C-318, C-335, T-345, C-422, C-423, T-431, T-465, T-498, T-503, C-519, T-550, C-561, C-562, T-572, T-579.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-409/92, MP. José Gregorio Hernández.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-298/93, MP. José Gregorio Hernández.

1995

T-003, C-010, T-021,
T-024, T-025, C-031,
T-036, C-071, T-075,
T-100, T-119, T-133A,
T-138, C-228, T-258,
T-276, T-285, C-293,
T-309, C-328, SU-342,
T-363, C-419, C-421,
C-430, C-445, T-455,
C-489, T-501, SU-509,
SU-510, C-356, T-556,
C-561, C-585, C-586,
C-587, T-597, T-622.

1996

T-030, C-045, T-061,
C-067, C-073, C-079,
T-091, T-104, C-217,
T-232, T-237, T-242,
C-267, T-268, C-275,
T-322, T-351, C-393,
T-404, C-409, T-418,
C-495, T-555, T-574,
C-609, C-690, T-705.

residan en sus territorios ancestrales y a que conserven su identidad cultural¹⁰. No obstante, la protección de los grupos indígenas que busca la excepción al cumplimiento de esta obligación no es el único fin de esta norma, como lo entiende erradamente la Corte. Tal fin está acompañado del objetivo de proteger al indígena considerado en su individualidad, pues sus características raciales e inclusive culturales se pueden mantener aun si vive en medio de otros grupos raciales y asume sus costumbres. El ideal de la salvaguarda de los indígenas que está a la base de esta norma no tiene por fin único y exclusivo que ellos mantengan inalterable su condición y permanezcan por fuera de la cultura hoy mayoritaria. Velar por la supervivencia de los rasgos específicos de su tradición tiene como objetivo paralelo lograr que su herencia y la influencia que ejerce la cultura nacional, se entrecrucen de tal forma que ambos polos de esta relación se enriquezcan humanizándose. La preocupación por las frágiles culturas autóctonas, en varios casos al borde de la desaparición, aconseja más bien una generosa interpretación de las acciones afirmativas creadas a su favor y un entendimiento restrictivo de sus deberes.

Numeral 4

1. Esta norma prescribe dos deberes de actuación. En primer lugar el de oponerse a hechos que ocasionen la violación de los derechos humanos. Se trata de defender los derechos propios y los de nuestros

allegados, pero esencialmente, de proteger los derechos de cualquiera de los miembros de la sociedad. De esta manera la Constitución pone en cada ciudadano, en las organizaciones sociales y en la sociedad civil en su conjunto, la función de velar por la integridad de cada uno de los miembros de la sociedad, como también la tarea de contribuir a la convivencia. La sociedad adquiere de esta manera un sistema de autorregulación y se crea a la vez un control de las actuaciones del Estado.

2. La pedagogía es un elemento indispensable en todos los esfuerzos por la vigencia por los derechos humanos. En ella concurren el Estado —a través de múltiples instrumentos como el sistema educativo, los fallos judiciales y cada una de las actuaciones de los funcionarios estatales— y la sociedad. La Constitución reclama en esta norma que en cada uno de los ámbitos de formación y socialización de las personas —la familia, la escuela, los medios de comunicación, entre otros— los ciudadanos hagan conocer a los demás el contenido de los derechos humanos. Sin la formación de una conciencia de derechos humanos y de una cultura democrática no es posible lograr que los primeros sean respetados efectivamente.

Tal estrategia de largo plazo para la superación de la grave situación de derechos humanos que existe en Colombia en todos los ámbitos de la vida, supone una confianza básica en la sociedad y en las personas, en su capacidad para reaccionar frente a la barbarie y para conducir su respuesta por vías democráticas y no violentas. Tal suposición es propia

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-058/94, MP. Alejandro Martínez.

de la confianza de la Modernidad en la capacidad de los seres humanos para oponer su autonomía y su conocimiento al oscurantismo, y para luchar por las transformaciones sociales.

Numeral 5

1. El proyecto democratizador que agencia la Constitución de 1991 tiene como uno de sus supuestos la presencia de la ciudadanía en las discusiones y en la toma de decisiones que fijan el rumbo de la nación y de las pequeñas comunidades. De aquí, entre otras razones, la introducción del principio de democracia participativa en la Constitución. En ella el ciudadano no se limita a sufragar sino que está en el deber de participar en la vida política, pudiendo dejar de ser sujeto pasivo de sus relaciones con el Estado y haciéndose cogestor de su destino¹¹. En el contexto de una precaria cultura política moderna, de la supervivencia de rasgos autoritarios y premodernos en la conciencia colectiva y de una muy extendida apatía, descreimiento o indiferencia frente a la política, se hace necesario llamar a las personas por la vía de los deberes a la actuación política, cívica y comunitaria.

2. El deber de participar en la vida política y comunitaria -sea ésta nacional, local, barrial, veredal o inclusive de la manzana o del bloque de apartamentos- está orientado tanto a que las vías de la democracia sean ejercitadas, como también a que mediante la participación

ciudadana la sociedad y el Estado sean transformados atacando sus problemas. Frente a las injusticias derivadas de la actuación de las autoridades, los ciudadanos están en el deber de plantear sus inquietudes y denuncias y proponer alternativas¹².

3. El cumplimiento de este deber puede lograrse a través de la imposición de sanciones por el incumplimiento de obligaciones legales derivadas de él, como podría ocurrir en caso de establecerse el voto obligatorio. A este mismo fin podría contribuir la creación de incentivos de distinta índole para aquellos ciudadanos que cumplan con sus deberes políticos. Con todo, la vía más adecuada a los criterios democráticos para la obtención de este fin resulta ser el de un esfuerzo educativo dirigido a toda la comunidad y realizado durante varias generaciones, en busca de la apropiación de una cultura democrática.

Numeral 6

1. En los orígenes de la Constitución de 1991 estuvieron la “fatiga de guerra” presente en la ciudadanía y la voluntad de alcanzar la paz. De ahí la insistencia de la Constituyente en proveer todas las herramientas necesarias para lograrla. Objetivo principal del nuevo orden constitucional en el Preámbulo y derecho fundamental, la paz fue establecida como un deber ciudadano en el artículo 22, el cual fue reiterado en el artículo 95. Si la paz es enten-

**NORMAS
INTERNACIONALES
DE DERECHOS
HUMANOS**

Declaración Universal,
artículo 29.
Convención Americana,
artículo 32.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-418/93, MP. Alejandro Martínez.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-276/94, MP. Carlos Gaviria.

dida en su acepción más amplia como la efectiva vigencia de los derechos, son varios los apartados de esta norma que encierran el deber de la paz. Primero que todo es del caso considerar los incisos 1 y 4 que incitan a los ciudadanos a respetar los derechos humanos de los demás, y a promoverlos en busca de la convivencia. Pero es en el inciso 6 en el que se establece un deber directo en relación con la paz.

2. El logro de la paz requiere del concurso de todos. Por la Constitución los habitantes de Colombia no tienen sólo el derecho a que haya paz, sino que también están en el deber de promoverla. Se trata de una actitud cotidiana que debería estar presente en la forma de abordar los diferentes desacuerdos y conflictos que ocurren en la vida en comunidad. También debería conducir a conseguir la presencia de todos en los procesos nacionales de diálogo y negociación en la búsqueda de la paz.

En los distintos procesos de paz que se han adelantado luego de la vigencia de la Carta del 91 la sociedad civil ha ido adquiriendo cada vez más un papel importante, como creador de un clima político favorable, como facilitador del acercamiento entre las partes, al igual que interlocutor en la discusión de las distintas facetas de la problemática de la paz.

3. El deber de la paz tiene también trascendencia en el ámbito de la familia. En este contexto, el deber de la paz supone un comportamiento acorde con normas mínimas de convivencia como pudor, com-

prensión, ayuda y trato digno, entre otras¹³.

4. Una interpretación demasiado amplia de este deber puede resultar contraproducente para los fines que busca. La norma en estudio ha servido para dar sustento jurisprudencial a un supuesto deber de la sociedad civil de colaborar en el mantenimiento del orden público,¹⁴ supuesto que se tradujo en otra ocasión en razón para negar una tutela en que se pedía el traslado de un puesto de policía contiguo a una escuela primaria y a un colegio de bachillerato, el cual ya había sido destruido por una toma guerrillera. Ello a pesar del peligro evidente que corrían los niños que asistían a los establecimientos educativos y de la existencia de normas de planeación que prohibían la construcción de cuarteles en zonas residenciales y cercanas a escuelas y hospitales¹⁵. En estas circunstancias el deber de la paz se tradujo en algo similar a los deberes de la guerra, propiciando que personas de la población civil quedaran eventualmente en medio del fuego cruzado de la guerrilla y el Estado.

Numeral 7

La imagen común de la justicia está asociada en Colombia a la resolución de “pequeños” pleitos entre particulares y, en el mejor de los casos, a la idea de una de las ramas del Estado, la tercera, la cual se ocupa

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-503/94, MP. Vladimiro Naranjo.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-075/93, MP. Alejandro Martínez.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-102/93, MP. Carlos Gaviria.

de asuntos de menor importancia que la que tienen las funciones del ejecutivo y el legislativo. La honda crisis política, que involucra un extendido proceso de disgregación social, una dinámica de abusos cometidos por el Estado y el incumplimiento por éste de su deber de garantizar los derechos de las personas –especialmente por su falta al deber de investigar y sancionar los delitos–, puso de presente la relevancia de aquellos conflictos cotidianos en el logro de la convivencia social; así como también el papel de la justicia como garante del orden social y como baluarte contra el autoritarismo de Estado.

De esta manera los altos niveles de violencia social derivados de una inadecuada solución de los conflictos, la falta de pronto castigo a quienes atentan contra los derechos de los demás y la ausencia de sanción a los funcionarios públicos que en su abuso o arbitrariedad desconocen las libertades de los asociados, pusieron en el primer plano de las necesidades y el debate nacional el tema de la justicia. Vista en esta perspectiva la justicia adquiere su más hondo significado: es uno de los elementos fundamentales del orden social. La posibilidad de la existencia de un orden democrático tiene en la actuación del aparato judicial una de sus condiciones imprescindibles. Kant caracteriza el Estado de naturaleza como una situación de “justicia negativa”, es decir como una circunstancia histórica en la que si se presenta una controversia no es posible acudir a la justicia porque no existe un juez que la dirima¹⁶.

Si la justicia está ligada a la supervivencia del orden social, su buen desempeño es del interés general y de la conveniencia de cada uno de los miembros de la sociedad. De estas razones nace la previsión constitucional del deber de colaborar con la administración de justicia. Contribuir a esclarecer los hechos de un proceso –cualquiera sea su naturaleza– no tiene relación solamente con la suerte de una persona desconocida sino que, al mismo tiempo, tiene que ver con los intereses de todos y cada uno de los ciudadanos.

2. En el marco de la ausencia de una ética cívica y de la falta de legitimidad en las instituciones, es común que el Estado apele al otorgamiento de beneficios a quien colabore con la justicia penal como estrategia para fortalecer las labores de investigación. La contribución que prestan los ciudadanos al aparato judicial no es en este caso consecuencia del cumplimiento de un deber, sino producto de la expectativa de las favorabilidades que se pueden derivar de ella.

Así ha ocurrido con las reformas penales que siguieron a la expedición de la Carta del 91, la cual introdujo el sistema acusatorio y con éste una mayor flexibilidad en la aplicación de la ley penal, y la posibilidad de hacer negociaciones entre sindicatos y funcionarios judiciales. Pero la concesión de beneficios por colaboración con la justicia debe tener límites para evitar que iniciativas orientadas al fortalecimiento de la justicia terminen conspirando contra ella.

¹⁶ Immanuel Kant, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Américalée, s.f., pág. 126.

El Decreto 264 de 1993, expedido en uso de los poderes de la conmoción interior, daba pie al otorgamiento de varios beneficios como la garantía de no usar los propios testimonios en su contra, libertad provisional, detención domiciliaria, rebaja de penas y protección como testigo, si la información suministrada contribuía a prevenir delitos, capturar delincuentes y obtener pruebas que permitieran concluir con éxito una investigación. La Corte Constitucional declaró inexecutable este decreto por desconocer el principio de igualdad, al crear privilegios para los autores de los delitos más graves, favorabilidades que no eran aplicables en los casos del juzgamiento de los delitos comunes¹⁷. De esta manera la Corte modificó su jurisprudencia,¹⁸ pues con antelación había declarado executable el Decreto 1833 de 1992 de conmoción interior, que introducía en el juzgamiento de los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público la concesión a los testigos secretos de la exclusión de toda investigación y acusación por los hechos sobre los cuales hubieran rendido testimonio. Tal beneficio implicaba una declaratoria de extinción de la acción penal o el otorgamiento de amnistía o indulto, lo cual neutralizaba de manera injustificada la función preventiva de la pena, y modificaba el régimen de separación de poderes al entregar a la Fiscalía General de la Nación atribuciones que sólo podían estar en manos del Congreso¹⁹.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-171/93, MP. Vladimiro Naranjo.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-052/93, MP. Jaime Sanín.

¹⁹ Ver los salvamentos de voto de los magistrados José Gregorio Hernández, Ciro

3. Denunciar la comisión de un delito y rendir testimonio sobre hechos criminales son dos de las formas más relevantes de colaborar con el buen funcionamiento de la justicia. Sin embargo, la exigencia de denunciar los delitos que se conocen debe consultar su contexto. La exigencia del deber de colaborar con la justicia no podría estar acompañado de la imposición de sanciones penales cuando de su acatamiento se derive un peligro para la vida del denunciante.

Otras circunstancias en las que se da cumplimiento a este deber son la actuación de la parte civil como actor popular en un proceso penal,²⁰ y la presentación por parte de expertos de conceptos dentro de los procesos que adelanta la Corte Constitucional, actuaciones ciudadanas que son también desarrollo del principio de la democracia participativa²¹. Por el contrario, se contradice este deber cuando se abusa de las acciones y los recursos judiciales, como cuando se presenta una tutela en forma temeraria, conducta que puede dar origen a la imposición de sanciones²².

Numeral 8

1. La norma constitucional comentada es un aporte a la formación de una conciencia pública favorable

Angarita y Alejandro Martínez a la sentencia de la Corte Constitucional C-052/93.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-536/94, MP. Antonio Barrera.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-513/92, MP. José Gregorio Hernández.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-007/94, MP. Alejandro Martínez.

a la valoración de la cultura. Ello es entendible en el contexto de una historia de barbarie y autoritarismo como la nuestra, y en la que, además, el desarrollo capitalista ha hecho regla del reconocimiento social la producción de bienes materiales y la posesión de los mismos. El deber de proteger la cultura en todas sus expresiones es al mismo tiempo una punta de lanza en contra de las tendencias que apuntan a borrar todo vestigio de lo autóctono. En un contexto de desprecio por las tradiciones propias la CONstitución apela a la conciencia pública con el fin de fomentar el reconocimiento y la protección de los bienes culturales que, a lo largo de siglos, han nacido en el territorio nacional de las síntesis de elementos provenientes de todas las latitudes geográficas. A la vez es un llamado a la defensa de los valores universales atacados con alguna frecuencia por avalanchas de chauvinismo.

2. La estrategia constitucional de protección del ambiente que en los artículos 78 y 79 echa mano del derecho de las personas a gozar de un ambiente sano y de la obligación del Estado de garantizar la participación ciudadana en su protección, y de no dañarlo y velar por él, es complementada en el numeral 8 del artículo 95 con el establecimiento de un deber ciudadano. La protección del ambiente es una obligación del Estado en primer lugar, pero cuenta con la colaboración de la ciudadanía para el logro de este fin,²³ el cual incumbe a todos y requiere del con-

curso de todos –as comunidades locales, nacionales y la humanidad en su conjunto– para que su realización sea efectiva.

El deber de proteger el ambiente alude tanto al abstenerse de dañarlo, como al actuar para evitar que otros lo destruyan. Lo que es planteado como un deber en la cultura moderna occidental –que a su vez entiende como un derecho hacer uso de los recursos ambientales– en las culturas aborígenes sobrevivientes de Colombia es entendido como un derecho: el derecho a cuidar de la madre naturaleza.

El deber de conservar los recursos naturales puede dar origen en determinadas circunstancias a la restricción tanto de derechos civiles –como el derecho de circulación y residencia, cuando el exceso de población pone en peligro el equilibrio del ecosistema–²⁴, como de las libertades económicas –como la libertad de empresa cuando su ejercicio amenace o afecte la salud pública o el ambiente–²⁵.

Numeral 9

1. Los beneficios derivados de la protección prestada por el Estado a los miembros de la sociedad justifican el deber de los asociados de contribuir económicamente al sostenimiento del aparato del Estado y al financiamiento de sus programas de inversión.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-530/93, MP. Alejandro Martínez.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-422/94, MP. José Gregorio Hernández.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-423/94, MP. Vladimiro Naranjo.

La conciencia del origen ciudadano de los dineros del Estado permite a las personas, sobre todo en países desarrollados como los Estados Unidos, reclamar cuando el Estado no actúa de acuerdo con sus obligaciones, como cuando se despilfarra el tesoro público o los recursos del Estado son usados para violar los derechos humanos. Entre nosotros es común oír a miembros del Congreso y a los gremios económicos exigir efectividad de los organismos de seguridad en su lucha contra los grupos guerrilleros cuando se trata de aprobar o de sufragar "los impuestos de guerra". No obstante, este condicionamiento a la efectividad debería estar acompañado de una igual exigencia de absoluto respeto por los derechos de las personas.

La exigencia del pago de impuestos pierde legitimidad cuando el Estado atenta contra los derechos de los particulares y los dineros recaudados se pierden en proporción importante debido a la corrupción. El conocimiento de estas realidades y la exigencia de la economía capitalista de obtener el mayor nivel de ganancias, han estado en el origen de una cultura de la evasión de impuestos, en la que ciudadanos del común y grandes contribuyentes acostumbran eludir el pago de los impuestos que les corresponde.

2. El deber de contribuir con los gastos del Estado es limitado. Uno de los primeros logros del movimiento democrático moderno en contra de los poderes absolutistas tuvo que ver con garantizar que la creación de impuestos contara con el aval de los órganos de representación popular,

como el Parlamento. En el orden constitucional vigente, la sujeción de los impuestos a la ley, las ordenanzas y los acuerdos (Artículo 338 CP.) tiene una excepción en las facultades que le confiere al ejecutivo la declaración del estado de emergencia. El cumplimiento de los requisitos relativos a la existencia de niveles extraordinarios de perturbación del orden económico, social o ecológico por parte de los gobiernos, y su control juicioso y exhaustivo por parte de la Corte Constitucional, son indispensables a fin de que la excepción no se convierta en regla, y los poderes de emergencia no se traduzcan en el deterioro de los peculios familiares y de la economía en general por la vía de la rápida creación de impuestos.

3. La imposición de contribuciones en favor del Estado debe atender los criterios de justicia y equidad. La política fiscal ha de estar guiada por el objetivo de la justicia social y por lo tanto estar orientada a la disminución de las diferencias sociales, lo cual excluye la aplicación de políticas tributarias regresivas. La atención del criterio de equidad implica también que la determinación del monto de los impuestos se haga con base en las escalas sociales, de tal manera que se cobre más a los que tienen más capacidad económica y menos a las personas de menores recursos²⁶.

Tal disposición es contrariada por la proliferación de impuestos que gravan por igual a todos los contribuyentes, tales como los que recaen

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-467/93, MP. Carlos Gaviria.

sobre el consumo, el IVA entre ellos. Sin embargo, el criterio de equidad es compatible con el principio de la igualdad ante las cargas públicas, el cual puede dar sustento legítimo al pago de contribuciones cuyo monto sea el mismo para todos, como en el caso de los peajes que se cobran por el aprovechamiento de bienes de uso público como las carreteras²⁷.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-292/93, MP. Alejandro Martínez.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia
Impreandes Presencia S.A.